Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag

Absolut-zwingende Normen
Relativ-zwingende Normen
Nicht-zwingende Normen

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

OTTO ARREGGER

von Schüpfheim (Kt. Luzern)

Juris Druck + Verlag Zürich
1974

1973

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548121_0006

Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag

Absolut-zwingende Normen
Relativ-zwingende Normen
Nicht-zwingende Normen

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

OTTO ARREGGER

von Schüpfheim (Kt. Luzern)

Juris Druck + Verlag Zürich
1974

Die Fakultät hat diese Arbeit am 6. Dezember 1973 auf Antrag von Prof. Dr. E. Schweingruber als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

ISBN 3 260 03685 7

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Abkürzungsverzeichnis

Einleitung 1

ALLGEMEINER TEIL

I. Entwicklung des Gesamtarbeitsvertrages (GAV) 5

1. Geschichtliche Entwicklung 5
2. Entwicklung in Zahlen 11

II. Begriff und Parteien des GAV 13

1. Begriff 13
2. Parteien 14

III. Normativer Inhalt des GAV 15

IV. Normative Wirkung 17

V. Bedeutung des GAV 20

BESONDERER TEIL

I. Dispositive Normativbestimmungen in GAV

1. Regelung des Gesetzes, Art. 357 Abs. 1 OR 23

2. Gesetzgebungspolitische Motivation zum Ausschluss der Unabdingbarkeit 29

3. Rechtliche Wirkungen 33

II. Relativ-zwingende Normativbestimmungen in GAV

1. Regelung des Gesetzes, Art. 357 Abs. 2 OR 34

2. Gesetzgebungspolitische Motivation zur Schaffung einer Individualsphäre der Einzelarbeitsvertragsparteien (Leistungsprinzip) 36

3. Günstigkeitsprinzip und kollektivfreier Raum 41

3.1 Begriff des Günstigkeitsprinzips und seine Wirkung auf verschiedene Normen des GAV 41

3.1.1 Begriff 41

3.1.2 Wirkung 45

3.2 Begründung, Aufrechterhaltung und Aufhebung günstigerer Vereinbarungen 49

3.2.1 Der Einzelarbeitsvertrag als Rechtsgrundlage 49

3.2.2 Aufrechterhaltung günstigerer Einzelabreden beim erstmaligen Inkrafttreten eines GAV und bei Ersetzung eines alten durch einen neuen GAV 52

3.2.3 Erhöhung des GAV-Lohnes - "Aufstockung" oder "Aufsaugung" vorher einzelarbeitsvertraglich gewährter Zulagen ? 54

3.2.4 Bestandesklauseln und Effektivklauseln - Rechtswirksame kollektiv-rechtliche Instrumente zur verpflichtenden Weiterzahlung von vor Erhöhung des GAV-Lohnes gewährter Zulagen ? 62

3.2.4.1 Bestandesklauseln 63

3.2.4.2 Effektivklauseln 67

3.2.5 Aufhebung günstigerer Vereinbarungen 79

3.3 Abwägungsgrundsätze für den Günstigkeitsvergleich 81

3.3.1 Vergleichsobjekt und Beurteilungssubjekt 82

3.3.2 Objektiver oder subjektiver Beurteilungsmassstab ? 85

3.3.3 Vergleichsmöglichkeiten und deren Grenzen 87

3.3.4 Günstigkeitsbeurteilung bei zeitlich auseinanderliegenden Vertragsauswirkungen 93

3.3.5 Abreden, die den AN je nach Umständen begünstigen oder benachteiligen, insbesondere Kündigungsfristen 95

III. Absolut-zwingende Normativbestimmungen in GAV

1. Die Vereinbarung von Höchstarbeitsbedingungen im normativen Teil des GAV, insbesondere Höchstlöhne 100

1.1 Entstehungsgeschichte des Art. 357 **Abs.** 2 OR 104

1.2 Zweckbestimmung des GAV-Rechts allgemein und des Art. 357 **Abs.** 2 OR im besonderen 106

2. Zulässigkeit von Beschlüssen einer Arbeitgebervereinigung über Höchstarbeitsbedingungen 111

3. Schuldrechtliche Vereinbarungen über Höchstarbeitsbedingungen zwischen den Sozialpartnern im GAV 122

4. Empfehlungen des Arbeitgeberverbandes an seine Mitglieder bezüglich Bezahlung übertariflicher Löhne 130

IV. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse 135

Literaturverzeichnis 137

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Orte
Abs.	Absatz
AG	Arbeitgeber
a.M.	anderer Meinung
AN	Arbeitnehmer
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
ARV	Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung Mitteilungsblatt des BIGA
AS	Amtliche Sammlung der eidgenössischen Gesetze
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit- und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtpraxis, Köln
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
AVK	Allgemeinverbindlichkeit
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Bundesbeschluss
BB	Der Betriebsberater, Zehntagedienst für Wirtschafts-, Steuer- und Sozialrecht, Heidelberg
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes
BGH	Bundesgerichtshof
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Bern
BJM	Basler juristische Mitteilungen, Basel
BR	Bundesrat
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen, 1848-1947
BT	Besonderer Teil

BV	Bundesverfassung vom 29. Mai 1874
DB	Der Betrieb, Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht, Düsseldorf
Diss.	Dissertation
Eidg.	eidgenössisch
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GR	Gewerkschaftliche Rundschau, Monatsschrift des schweizerischen Gewerkschaftsbundes, Bern
hrsg.	herausgegeben
h.M.	herrschende Meinung
Jg.	Jahrgang
JZ	Juristenzeitung, Tübingen
LAG	Landesarbeitsgericht
m.a.W.	mit anderen Worten
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München-Berlin
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18.Dezember 1936/25.6.1971
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts, München
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SAGZ	Schweizerische Arbeitgeber-Zeitung
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek, Genf
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

TVG	Tarifvertragsgesetz vom 9.April 1949
u.a.	unter anderem (n)
u.a.m.	unter anderen mehr
VAS	Volkswirtschaft, Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz, Einsiedeln 1925
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Volkswirtschaft	Wirtschaftliche und sozialstatistische Mitteilungen, hrsg. vom EVD, Bern
WuR	Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechts, Zürich
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristervereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

EINLEITUNG

Seit jeher hat der normative Teil des GAV und dessen Rechtswirkungen auf die beteiligten Arbeitsverhältnisse ein grosses und breites Interesse als eigenartige, objektives Recht erzeugende Rechtsquelle in Lehre und Praxis gefunden und die Vielzahl Veröffentlichungen auf diesem Gebiet, bereichert durch Entscheidungen aus der arbeitsrechtlichen Rechtssprechung, weist auf die vielschichtige Problematik dieses Teils kollektiven Sonderrechts hin. Wenn auch heute eine spürbare Tendenz d.h. eine Umstrukturierung der Gesamtvereinbarungen im Sinne einer Verlagerung des Schwergewichts auf den schuldrechtlichen Teil feststellbar ist ("beim gewöhnlichen Gesamtarbeitsvertrag.. ist die normative Wirkung eher ein Akzessorium als ein Essentiale")1), so ist es doch heute noch vor allem der normative Teil bzw. die Normwirkung gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen, die, infolge der zum Teil eben noch ungelösten oder stark umstrittenen Einzelfragen, zum Gegenstand arbeitsrechtlicher Abhandlungen gemacht werden.

Auch die vorliegende Arbeit will einzelne, uns wichtig erscheinende, zum Teil jedoch nicht oder nur wenig erörterte oder dann eher umstrittene Teilaspekte des kollektiven Arbeitsrechts etwas näher beleuchten und versucht, möglichst gangbare und realistische Vorschläge zur Lösung der in Frage stehenden einzelnen Problemkreise aufzuzeigen.

---

1) Schweingruber E., Der GAV 1951 S. 7, derselbe schon ZbJV 83 1947 S. 204, Guhl-Merz-Kummer, OR S. 383:"Wichtiger ist der eigentliche schuldrechtliche ... Teil des GAV", Heither F.H., Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz S. 98:"Nicht mehr die normativen Bestimmungen stehen im Mittelpunkt der vertraglichen Vereinbarungen", a.M. aber Zanetti B., SJK Nr. 841 Ersatzkarte S.2:"Die normativen Bestimmungen bilden in der Praxis weiterhin den wesentlicheren Inhalt des GAV".

Zur Diskussion stehen u.a. die folgenden Fragen:

- Wenn unter der normativen Wirkung gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen verstanden wird, dass dieselben für die Beteiligten unmittelbar und zwingend, also "wie ein Gesetz" 1) gelten, so stellt sich zwangsläufig die damit verbundene Frage, ob diese Wirkung - zwingend und unabänderlich - in jedem Fall eintreten muss oder ob sie nicht auch nicht-zwingend-normativ, also analog dem ius dispositivum und dem ius cogens sein könnte.
- Im Gesetz (Art. 357 Abs. 2 OR) wird bei der zwingenden Norm das Günstigkeitsprinzip vorbehalten. Ob dieses allerdings abdingbar ist, eine Norm demzufolge unabdingbar d.h. absolut unabänderlich vereinbart werden kann, geht aus der gesetzlichen Regelung nicht hervor. Fraglich ist daher, ob nicht auch Höchstarbeitsbedingungen, insbesondere Höchstarbeitslöhne von den Kollektivpartnern mit normativer Wirkung festgelegt werden können. In der Tat ein Anwendungsfall, aber nur ein ausgewähltes Beispiel.
- Wie ein Vergleich zwischen der einzelvertraglichen Abrede und der gesamtarbeitsvertraglichen Regelung vorzunehmen ist, damit die Günstigkeit überhaupt festgestellt werden kann, ist nicht in jeder Situation leicht zu entscheiden. Konkrete Beurteilungskriterien haben bisher weder Lehre noch Praxis entwickelt. Möglicherweise genügt auch in besonderen Fällen eine "mindestens gleichwertige" Regelung entsprechend Art. 324 a Abs. 4 OR und Art. 329 e Abs. 1 OR.
- In der Literatur wird von sog. "zweischneidigen Bestimmungen" gesprochen. Ob und wann solche abwei-

---

1) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S. 58

chende Abreden für den (oder die ?) AN günstiger seien, lasse sich nur in einer Gesamtbetrachtung oder gruppenweise, nicht von Fall zu Fall, oder überhaupt nicht feststellen. Frage: Entfällt hier der Vorbehalt von für die AN günstigeren Abreden ? Ist dann die Norm nach dem Willen der Kollektivpartner unabänderlich ? Schweingruber 1) erwähnt GAV-Kündigungsfristen, die von denjenigen des Gesetzes abweichen. Die Frage, ob diese günstiger oder ungünstiger für die AN sind, ist müssig; eine Spekulation ? Die Beantwortung hängt ab von den Umständen des Einzelfalls und vom Zeitpunkt, in dem die Ueberlegungen angestellt werden. Schweingruber 2) nimmt an, dass Kündigungsfristen eine Ordnungsfunktion erfüllen und die Sozialpartner zum mindesten durch eine eindeutige Formulierung zum Ausdruck bringen können, dass sie Kündigungsbestimmungen, wenn nicht als "Mindestfristen", so als "unabänderliche Fristen" aufgefasst wollen wissen.

Der Zweck der Arbeit besteht darin, in diese offenen Rechtsfragen einzudringen - selbständig und im Respekt vor der Vertragsautonomie ganz besonders beim GAV-Recht. Gerne hätten wir die Beispiele aus der GAV-Vertragspraxis noch vermehrt; doch ist die Dokumentation immer noch mangelhaft und gezielte Analysen über spezielle Einzelfragen fehlen. Die Heranziehung deutscher Unterlagen war daher in der Mehrzahl der Fälle eine zwangsläufige Notwendigkeit.

Die Ergebnisse sind am Schluss in knappen Thesen zusammengefasst.

---

1) Kommentar GAV 1972 S. 60

2) a.a.O. S. 59/60

Es ist mir ein aufrichtiges Bedürfnis, an dieser Stelle meinem verehrten Lehrer und Förderer dieser Dissertation, Herrn Professor Dr. E. Schweingruber, Bern, für die vielen wertvollen Hinweise und die tatkräftige Unterstützung während dem Zustandekommen dieser Arbeit meinen herzlichsten Dank auszusprechen.

A L L G E M E I N E R T E I L

I. ENTWICKLUNG DES GESAMTARBEITSVERTRAGES

1. G e s c h i c h t l i c h e E n t w i c k l u n g

Der Gesamtarbeitsvertrag (GAV) 1), als zentrales Institut des kollektiven Arbeitsrechts kennzeichnet sozial den Uebergang vom klassischen Individualismus zur Aera des Gruppen-Individualismus und stellt somit in gewisser Hinsicht eine Absage an das Prinzip der individuellen Vertragsfreiheit dar 2). Begrifflich ist unter einem GAV ein Vertrag zwischen Arbeitgeber (AG) oder deren Verbände und Arbeitnehmerverbänden mit normativen oder schuldrechtlichen oder anderen Bestimmungen zu verstehen, die das Arbeitsverhältnis der beteiligten AG und Arbeitnehmer (AN) betreffen (Art. 356 Abs. 1 - 3 OR/nF).

Geschaffen durch die Bedürfnisse der Praxis 3), als Ergebnis der Bemühungen der AG und AN bei der Gestaltung der Arbeitsverhältnisse in der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts, stellt der GAV eine Institution der kollektiven Selbsthilfe dar, eine Reaktion auf den vom wirtschaftlichen Liberalismus des 19. Jahrhunderts postulierten Grundsatz der unbeschränkten, individuellen Vertragsfreiheit. Durch diese Liberalität war der AN als wirtschaftlich schwächere Vertragspartei der Machtstellung des AG

---

1) Synonyma: Gesamtvereinbarung, Tarifvertrag, Kollektivvertrag

2) Hug W., Gesetzgebung über GAV, WuR 1954 S. 118/119

3) Insbesonders um Arbeitsverhältnisse in Kreisen mit gleichartigen Verhältnissen, vor allem Punkte wie Arbeitslohn und -zeit, im Interesse der Ordnung und der Erhaltung des sozialen Friedens in einheitlicher Weise zu regeln, vgl. Botschaft BB 1941, BBl 1941 S. 323

ausgeliefert, da sich die vielgepriesene Vertragsfreiheit in der Tat als eine Fiktion darstellte 1). Erst als in Arbeitnehmerkreisen erkannt wurde, dass ihr Zusammenschluss die Konkurrenz in den eigenen Reihen verhinderte und somit eine verstärkte, durch die Geschlossenheit bedingte Verhandlungsposition bewirkte, konnte ein Gleichgewicht der gegenseitigen Machtstellung angestrebt und erreicht und die Freiheit der Verhandlungsparteien hergestellt werden. In der einheitlichen Interessenwahrnehmung erlangte das soziale Anliegen der AN die Kraft, die Aussicht auf die Verwirklichung ihrer Forderungen ermöglichte 2). Neben die rechtliche trat nun auch die tatsächliche Gleichberechtigung der AN den AG gegenüber, bei der Festlegung der Arbeitsverhältnisse mitzuwirken 3). Denn durch das gemeinsame Auftreten gelang es der Arbeitnehmerschaft in immer vermehrtem Masse zu verhindern, dass die AG, in Ausnützung der wirtschaftlichen Schwäche der einzelnen Arbeiter, gerade die Mindestfordernden auswählten und diesen die Arbeitsbedingungen schlechthin diktieren konnten. An die Stelle des blossen Diktates des Arbeitsverhältnisses trat die gesamtarbeitsvertragliche Regelung 4).

Der GAV als Einrichtung des kollektiven Arbeitsrechtes hatte bereits eine vielverbreitete Anwendung gefunden, ehe diese auf dem Boden der Praxis sich gestaltende Entwicklung einer gesetzlichen Regelung unterzogen worden wäre. Seine Beachtung durch den Gesetzgeber errang sich der GAV buchstäblich durch seine Existenz und Wirksam-

---

1) Herzog W., Der Geltungsbereich des GAV und die Konkurrenz der Verträge S. 19

2) Wittzack W., Schweizerisches Gesamtarbeitsvertragsrecht S. 5/6

3) Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 2 zu Art. 322 OR

4) Schweingruber E., Wirtschaftlich schwächere Vertragspartei S. 38

keit 1). Wahrhaft ein Beispiel dafür, "in welch ungeheurem Masse gesellschaftliche Rechtsbildung am gesetzten Recht vorbei erfolgen kann" 2/3).

Diese kollektiven Arbeitsverträge wurden jedoch von keinen speziellen gesetzlichen Bestimmungen erfasst, sondern erwirkten nur die Verpflichtung der Vertragsparteien auf Erfüllung des von ihnen eingegangenen Vertrages 4). Die einzelnen AN wurden durch diese GAV nicht verpflichtet, sondern einzig ihre Verbandsmitgliedschaft begründete die persönliche Verpflichtung zur Einhaltung der kollektiven Abmachungen. Bei Abschluss von den Bestimmungen der Verbände widersprechenden Bedingungen behielten diese Verträge ihre zivilrechtliche Gültigkeit 5); die Verbände konnten nur mit statutarischen Sanktionen auf ihre Mitglieder einwirken 6). Und folglich wurde das Ziel der Arbeitnehmerverbände, nämlich die verbindliche Regelung der Arbeitsbedingungen für die ihnen angeschlossenen AN, immer wieder durch ihre beschränkte rechtliche Verfügungsmacht beeinträchtigt 7). Das Wissen um diese beschränkte rechtliche

---

1) Schweingruber E., Arbeitsrecht S. 71, unterstützt durch einzelne weitsichtige Sozialreformer wie Lotmar und Lang.

2) Ehrlich E., Soziologe S. 345, zitiert bei Holer O., Gesamtarbeitsvertrag in: SJK No. 841 S. 1

3) Lang O., Arbeits-Tarifvertrag in: ZSR 28, 1909, S. 540 bedauert diese Entwicklung nicht. Nach ihm leistet die Rechtsordnung ihr Bestes, wenn sie "formend, ordnend und sichernd eingreift und ohne die notwendige Entwicklung zu hemmen, sich im übrigen begnügt, den wirtschaftlich Schwachen ihren Beistand zu leisten."

4) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV S. 30

5) Bigler F., Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen S. 12

6) Das schweizerische Recht kennt ja bekanntlich keinen Vertrag zulasten Dritter, vgl. Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 11 zu Art. 322 OR, ebenso Botschaft über GAV und AVE, BBl 1954 I S. 132

7) Thalmann-Antenen, Die Allgemeinverbindlichkeit der Gesamtarbeitsverträge S. 33

Einwirkungsmöglichkeit führte schliesslich zum Postulat einer gesetzlichen Regelung, derart, dass "bestimmten Vorschriften" über das Arbeitsverhältnis normativen Charakter mit zwingender Wirkung zukommen sollte.

Verschiedene rechtstheoretische Abhandlungen 1), welche durch Interpretation die eigentümliche Wirkung der GAV zu erklären versuchten, gingen voraus, ehe der Gesetzgeber im Jahre 1911 durch die Artikel 322 und 323 OR/aF 2) als erster europäischer Staat mit der Anerkennung der Unabdingbarkeit der vom GAV gesetzten Normen diesen als "Rechtsquelle" anerkannte und durch Gesetz verfügte, dass widersprechende einzelvertragliche Abmachungen automatisch durch den Norminhalt der anwendbaren GAV ersetzt werden 3/4). Diese gesetzliche Regelung des neuen Instituts war keineswegs abschliessend (sie umfasste die normative Wirkung 5) der GAV, die Schriftlichkeit als Gültigkeitsvoraussetzung für die Wirksamkeit des Vertrages und eine dispositive Kündigungsbestimmung) und sie wurde in der Folge als dürftig angesehen. Viele nicht geregelte Rechtsfragen mussten notgedrungen durch die Rechtslehre beantwortet und durch die Vertragspraxis entwickelt werden 6).

Dass die knappe Regelung durch den Gesetzgeber der Ent-

---

1) V.a.: Lotmar Ph., Der Arbeitsvertrag I 1902 S. 755 ff, derselbe: Der Dienstvertrag im künftigen schweizerischen Zivilrecht in: ZSR 21, 1902 S. 507 ff, Lang O., Der Arbeitstarifvertrag in: ZSR 28, 1909, S. 540 ff, Leemann H., SJZ 6, 1909, S. 2 hält als grosses Verdienst Lotmars fest, dass dieser als erster das Problem der Tarifverträge zu erfassen versuchte.

2) BS 2, S. 263

3) Gysin A., Probleme des kollektiven Arbeitsrechtes S. 8

4) In Deutschland brachte die Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten (TVVO) vom 23.12.1918 die erste gesetzliche Regelung. Die Bedeutung dieser TVVO lag vor allem in der Anerkennung der Unmittelbarkeit und Unabdingbarkeit der Tarifnormen, vgl. dazu Herschel W., Arbeitsrecht S. 29, Schirmer C., Die Verletzung des GAV nach Schweizer Recht unter Berücksichtigung des deutschen Tarifrechts S. 8

5) Die schuldrechtlichen Wirkungen (Verhältnis der Vertragsparteien untereinander) fanden keine gesetzliche Regelung.

6) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV S. 31

wicklung in der Praxis nicht zu genügen vermochte, erscheint verständlich, wenn man weiss, dass es sich beim GAV um eine sehr dynamische, entwicklungsfähige Rechtsfigur handelt 1). Hauptprobleme waren die autonome verbandsmässige Durchsetzung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen und die Ausweitung des Geltungsbereiches auf die Aussenseiter 2). Später war - besonders in der Schweiz - eine Verlagerung des Schwergewichtes in dem Sinne feststellbar, als die normativen Bestimmungen der GAV von den schuldrechtlichen verdrängt wurden und an Bedeutung verloren 3). Der GAV entwickelte sich somit zu einem Statut neuartiger Gemeinschaft der Vertragsparteien 4).

Anlässlich der Regelung der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) von GAV durch das Bundesgesetz vom 28.9.1956 5) wurden gleichzeitig die Bestimmungen der Art. 322 und 323 OR/aF einer Revision unterzogen. Wenn schon nach allgemeiner Auffassung die Notwendigkeit obengenannter Regelung (AVE) bejaht wurde, "so kann die Ablehnung der gleichzeitigen Regelung des gewöhnlichen GAV nicht mehr verantwortet werden. Denn die Unklarheiten und die Unvollkommenheiten des gewöhnlichen Gesamtarbeitsvertragsrechts müssen sich automatisch auf das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung übertragen" 6). Die bestehende gesetzliche Regelung wurde durch die Art. 322 - 323 quater OR/F 57 ersetzt.

---

1) Schweingruber E., Entwicklungstendenzen, Separatabzug (aus ZbJV 83, 1947, S. 193 ff) S. 6

2) Gysin A., Zur Revision des Arbeitsrechts in ZSR 70, 1951, S. 398, ebenso Botschaft über GAV und AVK, BBl 1954 I S. 133

3) Heither F., Kollektives Arbeitsrecht der Schweiz S. 98

4) Schweingruber E., Entwicklungstendenzen S. 44

5) BBl 1956 II S. 257 ff; vorher war die AVE provisorisch geregelt in einem wiederholt verlängerten Bundesbeschluss vom 1.10.1941 (AS 1941 S. 1106) 23.6.1943 (BS 8 S. 251, 259) 8.10.1948 (AS 1949 S. 17, 253)

6) Gysin A., Zur Revision des Arbeitsrechts S. 397/398

Die alte Lehrmeinung 1), dass ein GAV begriffsnotwendig einen normativen Teil enthalten müsse, wurde - der strukturellen Wandlung der GAV Rechnung tragend - fallen gelassen (vgl. Art. 322 Abs. 2); erweitert wurden zudem die Vorschriften über die Wirkung der GAV auf die beteiligten AN - AG (Art. 323), unter den Vertragsparteien (Art. 323 bis) und - als materiellrechtlich gewichtigste Neuerung - über die gemeinsame Durchführung des Vertrages (Art. 323ter). Gesamthaft betrachtet eine brauchbare Regelung für die Praxis, freiheitlich, aber immer noch lückenhaft, weil sie allzu oft schweigt, wo eine Stellungsnahme des Gesetzgebers dienlich wäre 2).

Ein letztes Mal erfuhr das Gesamtarbeitsvertragsrecht eine Aenderung bzw. Erweiterung im Jahre 1971. Formell durch die Aufnahme ins neue Arbeitsvertragsrecht (Bundesgesetz über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels bis des Obligationenrechts vom 25. Juni 1971) 3) in einem besonderen (dritten) Abschnitt, Artikel 356 - 358, wo es in acht (bisher sieben) Artikeln geregelt wird. Materiell blieb die bisherige Ausgestaltung unberührt (die Artikel 322 - 323 quater wurden übernommen), abgesehen von den beiden neuen Absätzen 2 und 3 des Artikels 356a, welche ihre Entstehung der Tatsache verdanken, "dass auf dem Arbeitsmarkt ähnliche Erscheinungen zur organisierten Beschränkung und Schliessung aufgetaucht sind, wie sie durch Kartelle und ähnliche Organisationen auf dem Gütermarkt bewirkt werden" 4).

Die heutige Fassung des Gesamtarbeitsvertragsrechts darf

---

1) Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 36 zu Art. 322 OR, Schweingruber E., Arbeitsrecht S. 95, Guhl Th., Das Schweizerische Obligationenrecht 1956 S. 331, Thalmann-Antenen, Die Allgemeinverbindlicherklärung der Gesamtarbeitsverträge S. 91

2) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV S. 31/34

3) BBl 1971 I S. 1421 ff

4) Botschaft zum Arbeitsvertrag BBl 1967 II S. 420

als zufriedenstellend betrachtet werden 1). Weiterhin sind einzelne offene Rechtsfragen nicht beantwortet, offengelassen vermutlich aus gesetzespolitischen Rücksichten. Diese Zurückhaltung hat immerhin den Vorteil, dass sie den Vertragskontrahenten eine Fortentwicklung dieser Institution ermöglicht, sodass die GAV "weiterhin das wichtigste Mittel einer freiheitlichen, gerechten und doch wirtschaftsautonomen Ordnung des Arbeitsverhältnisses bilden" 2).

2. Entwicklung in Zahlen

Im folgenden wird ein kurzer Ueberblick über die zahlenmässige Entwicklung der GAV gegeben. Die Darstellung ist keineswegs vollständig 3), sie soll auch nur in groben Zügen die Verbreitung gesamtarbeitsvertraglicher Abmachungen aufzeigen.

Das älteste erhalten gebliebene Dokument, welches als "Frühform" des GAV angesprochen wird, ist der "Tarif des prix de façon des ouvrages en menuiserie arrêté entre les maîtres et ouvriers du canton de Genève de 1857" 4). Schon kurz darauf, nämlich 1861, wurde von der Sektion St.Gallen des schweizerischen Typographenbundes das erste deutsch-schweizerische Vertragswerk geschaffen. Im Jahre 1908 im Kanton Zürich durchgeführte Erhebungen ergaben auf dem Kantonsgebiet 29 beidseitig-korporative Verträge und 265 Firmenverträge.

---

1) Schweingruber E., Das neue Arbeitsvertragsrecht, GR 1972 S. 33ff; weiter etwa Hug W., Evangelisch-soziale Warte 1971 Nr. 30/33 S.1/2, Sovilla K., Sonderdruck aus "Schweizerische Arbeitgeber-Zeitung" 1971, Arx K., "Schweizerische Arbeitgeber-Zeitung" 1971 S. 617

2) Salin-Burckhardt, Handbuch Volkswirtschaft 1955, Bd. I S. 555

3) Sie kann es vor allem deshalb nicht sein, weil die GAV in der Schweiz in ihrer Gesamtheit nicht erfasst werden (es besteht keine Verpflichtung, dieselben einer Amtsstelle zu melden),und in den Kantonen nur vereinzelt amtlich registriert werden (z.B. Ne).

4) Eichholzer, E., Geschichte des GAV in: ZSR 83, 1964 S. 50

Eigentlichen Auftrieb erhielt jedoch die Verbreitung der GAV erst in den dreissiger Jahren, bedingt durch politische und wirtschaftliche Gründe 1). Eine am 31. Mai 1929 vom BIGA vorgenommene Bestandesaufnahme wies 303 GAV auf, deren Geltung sich auf 9388 Firmen und 64786 AN erstreckte 2). Primärer Gegenstand der vertraglichen Regelung war der Lohn und die Arbeitszeit. Gegen Ende des 2. Weltkrieges nahm die Zahl der kollektiven Abmachungen (sie erreichte annähernd die Tausendergrenze) und die von ihnen erfassten AN in stetem Masse zu. Die folgende Tabelle, die sich im übrigen auf die Landes- und Firmenverträge beschränkt, soll die Entwicklung festhalten 3).

Jahr	total GAV	Firmenverträge	Landesverträge
1945	843	300	43
1950	1447	762	88
1954	1434	797	91
1959	1651	932	101
1964	1579	917	108
1969	1369	761	107
1971	1389 4)	775	111

Die stete Zunahme der GAV bis 1960 ist einerseits zurückzuführen auf die starke zahlenmässige Entwicklung der Berufsverbände, andererseits auf den Umstand, dass AN und AG sich zu einer Politik der Zusammenarbeit Hand reichen. Ueberwunden ist zu einem grossen Teil der alte Klassenkampfgedanke; der GAV ist zum "Instrument der Zusammenar-

---

1) Vgl. dazu Salin-Burckhardt, Handbuch Volkswirtschaft 1955, Bd. I S. 553

2) Wirtschaftliche und Sozialstatistische Mitteilungen 1930, S. 126/127 und 461

3) Die Angaben stützen sich auf "Die Volkswirtschaft":1955, S. 241, 1960, S.173, 1965 S. 201, 1970 S. 17, 1972 S. 5; eine differenziertere Zusammenstellung findet sich bei Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S. 23 ff

4) Am stärksten vertreten sind die Metallindustrie (120) und das Baugewerbe (244).

beit, zum eigentlichen Berufsstatut" geworden 1). Beeinträchtigt allerdings wird die Fortentwicklung etwa noch durch die "Aussenseiterfrage" in vielen Berufszweigen (unorganisierte Frauen, Fremdarbeiter, Teilzeitbeschäftigte). Dieses Problem soll jedoch hier nur erwähnt, nicht behandelt werden.

II. BEGRIFF UND PARTEIEN

1. Begriff

Bei der Umschreibung des Begriffes des GAV ist von der positiv-rechtlichen Regelung des Art. 356 OR/nF auszugehen. Danach versteht man unter einem GAV einen schriftlichen 2) Vertrag zwischen AG oder AG-Verbänden und AN-Verbänden zur Gestaltung der arbeitsrechtlichen Pflichten und Rechte der Vertragsparteien untereinander (schuldrechtlicher Teil) oder zur Festsetzung normativer (normativer Teil) oder "anderer" Bestimmungen, welche das Verhältnis zwischen AG und AN betreffen (indirekt schuldrechtlicher Teil).

Es handelt sich um einen Vertrag des Privatrechts zur Regelung privatrechtlicher Verhältnisse zwischen privatrechtlichen Parteien in privatrechtlicher Form 3); allerdings um einen eigenartigen Vertrag insofern, als er Bestimmungen (nebst den oben erwähnten obligatorischen bzw. indirekt schuldrechtlichen) aufstellen kann, die für Rechtsverhältnisse Dritter, nämlich für die dem GAV unterworfenen Parteien des Einzelarbeitsvertrages, unmittelbare und zwingende Wirkung haben. Diese (fakultative Wirkung)

---

1) Zanetti B., Bedeutung der GAV in WuR 1951 S. 46/47

2) Art. 356 c, Abs. 1 OR/nF

3) Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht S. 690, Schnorr von Carolsfeld L., Arbeitsrecht S. 59; Huber H., spricht den GAV als "Gesetzessurrogat" an und verneint dessen vertragliche Natur, vgl. Recht, Staat und Gesellschaft S. 37

macht den GAV zu einem rechtsverbindlichen Normenvertrag 1). Trotz dieser "Rechtsetzungsbefugnis der Verbände für ihre Mitglieder" wird aber das von ihnen gesetzte Recht nicht öffentliches Recht, sondern behält vielmehr seinen privatrechtlichen Charakter 2). Diese Unabdingbarkeit und Normwirkung wurde den GAV durch das Gesetz verliehen, welches diese dadurch zu einer kollektiven Rechtsquelle macht 3).

2. P a r t e i e n

Abgeschlossen werden kann der GAV nur durch tariffähige Parteien. Dazu gehören nach Art. 356 OR/nF AG, AG-Verbände und AN-Verbände. Unorganisierten Gruppen ohne juristische Persönlichkeit, Streikgruppen und anderen sogenannten "groupements de fait" 4) wird die Tariffähigkeit (jedenfalls auf Arbeitnehmerseite) abgesprochen, dies vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit, weil die Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem GAV eher fraglich erscheinen dürfte 5).

Wir unterscheiden zweiseitig korporative Verträge (auf beiden Seiten Berufsverbände), einseitig korporative Verträge (auf AN-Seite ein Verband, auf AG-Seite ein oder mehrere einzeln bestimmte AG, wobei jeder von ihnen selbständige Partei ist, sogenannte Firmenverträge) und endlich - als Unterart der Firmenverträge - Hausverträge (ein AG mit seiner innerbetrieblich organisierten Beleg-

---

1) Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 13 zu Art. 322 OR, Gysin A., Arbeitsrecht S. 72, Nikisch A., Arbeitsrecht S. 354

2) Hueck-Nipperdey, Grundriss des Arbeitsrechts S. 213

3) Zanetti B., Bedeutung der GAV in WuR 1951 S. 45. Das Bild von den Verbänden, welche sich Rechtsetzung "angemasst" haben, trifft nicht zu.

4) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV S. 37, ebenso Botschaft über GAV und AVE, BBl 1954 I S. 155/156

5) Vgl. dazu Rehbinder M., Grundriss des schweizerischen Arbeitsrechts S. 128

schaft) 1).

III. NORMATIVER INHALT DES GAV

Art. 356 Abs. 1 OR/nF bestimmt, dass AG oder deren Verbände und AN-Verbände gemeinsam Bestimmungen über den Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten AN und AG durch den GAV aufstellen können.

Dieser Artikel bildet demnach die Rechtsgrundlage der GAV-Parteien bei der Festsetzung von Normen objektiven Rechts innerhalb der vom Gesetzgeber beschränkten Rechtsbefugnis. Wir unterscheiden folgende 2 Normgruppen:

a) Normen, die nach dem Willen der GAV-Parteien den Inhalt der Arbeitsverhältnisse regeln sollen, sogenannte Inhaltsnormen.

   Sie können positiv oder negativ formuliert werden, wobei die Bedeutung der letzteren in der Beschränkung der Gestaltung der Arbeitsverhältnisse liegt, die den Beteiligten auferlegt wird 2). Beispiele: das Verbot von Ueberzeitarbeit, Nachtarbeit oder Schwarzarbeit. Alles kann grundsätzlich zur Inhaltsnorm eines GAV gemacht werden, was als Inhalt eines Einzelarbeitsvertrages denkbar wäre 3). Allerdings ist dabei zu beachten, dass der Einzelarbeitsvertrag infolge der individuellen Vertragsfreiheit Fragen regeln kann, die mit dem eigentlichen

---

1) Vgl. zu den verschiedenen Arten von Gesamtvereinbarungen Schmalisch P., Zur Typologie der Gesamtarbeitsverträge in der Schweiz und der Tarifverträge in Deutschland, Diss. Bern 1964, ebenso Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S. 21 ff

2) Nikisch A., Arbeitsrecht S. 304

3) Schweingruber E., Arbeitsrecht S. 72, Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht S. 61

Arbeitsverhältnis in keinem Zusammenhang mehr stehen 1). Solche Regelungen als normative Bestimmungen in Gesamtvereinbarungen aufzunehmen, würde wohl vom "sozialen Schutzzweck des Tarifvertrages, der Ursprung, Zweck und Grenze des Kollektivprinzips ist", nicht mehr gedeckt; die Grenzen der Rechtsetzungsautonomie der GAV-Parteien sind daher aus diesem Grunde wohl enger zu ziehen 2).

Zu den Inhaltsnormen eines GAV gehören also in erster Linie die aus dem Arbeitsverhältnis hervorgehenden gegenseitigen Rechte und Pflichten der AG und AN, ebenso die Bestimmungen über die Beendigung der Arbeitsverhältnisse (Kündigungsrecht) sowie Einzelschiedsklauseln, welche - unter Vorbehalt des Zivilprozessrechtes des zuständigen Kantons - für arbeitsrechtliche Streitigkeiten ein Schiedsgericht für zuständig erklären 3). Nicht zu den Inhaltsnormen gehören die sogenannten neutralen Regelungen. Das sind Bestimmungen, die auf bestehende Gesetzesvorschriften oder auf Vorschriften eines anderen für sie massgeblichen GAV hinweisen. Diese Neutralbestimmungen verlieren nämlich ihre Rechtswirkung mit der Aenderung des Gesetzes oder GAV, auf welche sie hinwiesen 4). Ebenfalls nicht zu den Inhaltsnormen gehören in aller Regel die sogenannten Solidarnormen 5). Es handelt sich hier um Bestimmungen, die dem AN nicht als einzelnem, sondern als Glied eines Betriebes oder einer Gruppe zukommen 6). Dazu zählen z.B. Vorschriften zum Schutze

---

1) Es würde sich dann allenfalls um sogenannte gemischte Verträge handeln, vgl. dazu Gmür, Kommentar, Note 4 zu Art. 19 OR

2) Hueck-Nipperdey, Grundriss Arbeitsrecht S. 198, Karakatsanis A., Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen S. 75

3) Wittzack W., Schweizerisches Gesamtarbeitsvertragsrecht S. 206

4) Hueck-Nipperdey, Grundriss Arbeitsrecht S. 201

5) Hat allerdings der e i n z e l n e AN einen Erfüllungsanspruch, so liegt, was jedoch selten vorkommen dürfte, zugleich eine Inhaltsnorm vor. Was die Tarifparteien schlussendlich gewollt haben, ist Auslegungsfrage.

6) Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 38 zu Art. 322 OR

der AN über Einrichtungen im Betrieb (z.B. Einrichtung von Bauunterkünften, Dusch- und Waschanlagen), Bestimmungen über die Zusammensetzung der Betriebsangehörigen, solche über die Betriebsordnung, über die Wahl von Vertretern in die Arbeiterkommissionen u.a.m. Diese "Normen" werden besser aufgefasst als Bestimmungen im Sinne von Art. 356 Ziff. 2 OR/nF ("... soweit sie das Verhältnis zwischen AN und AG betreffen"), welche dem indirekt schuldrechtlichen Teil zuzuteilen sind. Die normative Wirkung bleibt ihnen daher im Normalfall verwehrt, zumindest ist sie im Zweifelsfall nicht zu vermuten (Auslegungsfrage) und der Ausdruck "Solidar n o r m" ist somit etwas missverständlich.

b) Als zweite Normgruppe sind diejenigen Bestimmungen zu erwähnen, die sich mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses befassen: Formvorschriften, Einstellungsgebote oder Einstellungsverbote. Sie werden unter dem Begriff "Abschlussnormen" zusammengefasst 1). Darunter fallen etwa Beschränkungen der Zahl der Lehrlinge im Betrieb, Beschäftigungsverbote für Frauen, Wiedereinstellungsklauseln, Beschäftigungspflicht für eine bestimmte Anzahl Schwerbehinderter, Schriftlichkeit als Gültigkeitsvoraussetzung für den Einzelarbeitsvertrag und andere mehr. Diesen Bestimmungen kommt ausnahmslos normative Wirkung zu, sofern es dem Willen der GAV-Parteien entspricht.

IV. NORMATIVE WIRKUNG

Wie bereits an früherer Stelle erwähnt, unterscheiden wir grundsätzlich beim GAV einen normativen, einen schuldrechtlichen und einen indirekt schuldrechtlichen Teil. Während die schuldrechtlichen Bestimmungen die Rechte und Pflichten

---

1) Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht S. 74, vgl. Art. 356 Abs. 1 OR

der GAV-Vertragsparteien zueinander regeln, erfassen die Normativbestimmungen in rechtsverbindlicher Weise die Einzelarbeitsverträge der dem GAV unterstellten AN und AG und wirken unmittelbar, d.h. unabhängig vom Willen der Parteien auf deren Arbeitsverhältnisse ein. Die indirekt schuldrechtlichen Bestimmungen begründen Verhaltenspflichten der einzelnen AN und AG den Vertragsparteien gegenüber wie beispielsweise Beitragsleistungen an Ferien- und Ausgleichskassen.

Art. 357 Abs. 1 OR/nF verleiht nun den Bestimmungen des GAV über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse normative Wirkung. Voraussetzung ist allerdings, dass diese Bestimmungen a) objektiv mit Normwirkung ausgestaltet werden können, d.h. dass sie möglicher und zulässiger Inhalt eines Einzelarbeitsvertrages sein können und dass ihnen b) subjektiv von den Vertragsparteien diese Wirkung gegeben werden wollte 1).

Das Wesen der normativen Wirkung besteht in der unmittelbaren Geltung der Bestimmungen mit der Wirkung zwingenden Rechts 2), analog dem Gesetz. Soweit also Einzelarbeitsverträge den im GAV zwingend aufgestellten Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der Arbeitsverhältnisse widersprechen, sind sie nichtig und werden - ohne Rücksicht auf den Willen der Arbeitsvertragsparteien - bezüglich dieser widersprechenden nichtigen Bestimmungen (und nur diesen gegenüber) durch diejenigen des GAV automatisch ersetzt 3). Nicht erfasst aber werden Abweichungen vom GAV zugunsten der AN, (sog. Günstigkeitsprinzip, welches der Gesetzgeber in Art. 357 Abs. 2 OR/nF festhält)4),da

---

1) Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 35 zu Art.322 OR, Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV S.56, Buchli H.P., Auslegung des Gesamtarbeitsvertrages S.76

2) Heither F., Kollektives Arbeitsrecht der Schweiz S. 102

3) Siehe aber S.25. Gysin A., Arbeitsrecht S.78 spricht in diesem Fall von sogenannter "positiver Ersatzwirkung".

4) Die unbeschränkte Aufrechterhaltung dieses Prinzips wird allerdings von Schweingruber E., kritisiert, vgl. insbesondere Festschrift Marbach S. 435/436

die GAV-Normen Mindestarbeitsbedingungen darstellen; auch nicht abweichende (ungünstigere) Abreden, wenn der GAV bloss dispositive Normen aufstellen wollte (folgend S.23).

Der persönliche Geltungsbereich der Normwirkungen wird durch Art. 357 Abs. 1 OR/nF begrenzt auf die am GAV "beteiligten AN und AG". Beteiligt im Sinne des Gesetzes sind die Mitglieder der vertragsschliessenden Verbände, einzelne AG und AN, die sich gemäss Art. 356 b Ziff. 1 OR/nF dem GAV förmlich angeschlossen haben 1), einzelne AG als Gesamtarbeitsvertragsparteien und endlich Mitglieder von Verbänden, welche gemäss Art. 356 Abs. 4 OR/nF den Beitritt zum GAV nachträglich erklärt haben. Grundsätzlich besteht demnach die normative Wirkung nur unter beiderseits beteiligten AN und AG, sodass beispielsweise bei einem Einzelarbeitsvertrag mit nur einseitiger Beteiligung die normative Wirkung ausbliebe. Der persönliche Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen GAV kann allerdings auf Dritte, welche dem betreffenden Wirtschaftszweig oder Beruf angehören, ohne am GAV beteiligt zu sein (sog. Aussenseiter) mittels der AVE ausgedehnt werden 2).

Der zeitliche Geltungsbereich ist im Gesetz nicht erwähnt. Die normative Wirkung beginnt vom Zeitpunkt der Beteiligung an (auch beim nachträglichen Beitritt) und endigt mit deren Wegfall, z.B.: Kündigung oder Ablauf der Geltungsdauer des GAV, Ausschluss oder Austritt aus dem Verband 3). Eine rechtsverbindliche (normative) Nachwirkung des abgelaufenen GAV auf die von ihm zur Zeit seiner Wirksamkeit erfassten Einzelarbeitsverträge ist beim schweizerischen GAV ausgeschlossen 4).

---

1) Zu anderen Formen der Unterstellung unter einen GAV, Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S. 49

2) Vgl. Art. 1 des BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, BBl 1956 II S. 257

3) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV S. 57; a.M. Gysin A., Arbeitsrecht S. 76

4) Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 11 zu Art.323 OR; auch eine sog. Fernwirkung (Erfassung Dritter ohne deren Willen) besteht grundsätzlich nicht, dazu Zanetti SJK 841 S.2

Der räumliche Geltungsbereich der Normativbestimmungen ergibt sich aus dem Inhalt des GAV. Durch die Allgemeinverbindlicherklärung (womit im übrigen der Kreis der dem betreffenden Beruf oder Wirtschaftszweig angehörenden Betriebe, für welche der GAV abgeschlossen wurde, nicht erweitert werden kann) kann dieser Geltungsbereich auf das Gebiet mehrerer Kantone oder auf die ganze Schweiz ausgestreckt werden, er kann durch dieselbe aber auch auf das Gebiet eines Kantons oder auf einen Teil desselben beschränkt werden. Je nachdem wird im übrigen die Allgemeinverbindlichkeit vom Bundesrat oder von der vom Kanton bezeichneten Behörde angeordnet (Art. 7 BG über AVE).

V. BEDEUTUNG DES GAV

Zum Abschluss des allgemeinen Teiles noch ein kurzer Hinweis auf die Bedeutung und Funktion dieses wichtigen Rechtsinstitutes.

Wir haben gesehen, dass der GAV das rechtliche Gestaltungsmittel ist, welches der Gesetzgeber den AN- und AG-Verbänden zur Verfügung stellt, damit diese die Arbeitsverhältnisse der beteiligten AN und AG wirksam regeln können. Der GAV gibt also der AN-schaft die Möglichkeit, als tatsächlich rechtlich gleichgestellter und gleichberechtigter Verhandlungspartner beim Abschluss des Vertrages in entscheidender Weise mitzuwirken und so "das faktische Diktat der Arbeitsbedingungen durch den wirtschaftlich stärkeren AG zu brechen" 1).

Der Abschluss eines GAV wirkt sich nicht nur vorteilhaft für die AN-Seite aus, indem v.a. durch Mindestlohnbestimmungen diesen während der Vertragsdauer eine ausreichende Existenz zugesichert wird, sondern hat auch wirtschaftliche Bedeutung für die AG, indem diese auf Grund konstanter Lohnkostenfaktoren während der Dauer der Vertragszeit mit

---

1) Hueck-Nipperdey, Grundriss des Arbeitsrechts S. 195

einer festen Kalkulationsbasis rechnen können. Aber auch gesamtwirtschaftlich ist der GAV keineswegs bedeutungslos. Denn durch Vereinbarung zeitgerechter Arbeitsbedingungen, namentlich angemessener Löhne können Arbeitskämpfe, Streiks usw. verhindert und dadurch bedingte Produktionsstörungen bzw. -ausfälle vermieden werden 1).

Ursprünglich war der GAV ein Lohntarifvertrag. In der Zwischenzeit aber hat der GAV durch die stete Erweiterung seines materiellen Teiles, aber auch wegen seiner strukturellen Wandlung eine starke Entwicklung erfahren. Den Normativbestimmungen wird nicht mehr die Bedeutung zugemessen, die ihnen in der Vergangenheit zugekommen war, obgleich sie noch heute ein wesentliches (nicht aber begriffswesentliches) Element der meisten GAV bilden 2). Das Ueberhandnehmen der schuldrechtlichen Bestimmungen macht eine Gewichtsverlagerung zugunsten einer engeren und wirkungsvolleren Zusammenarbeit der GAV-Parteien deutlich. Der GAV ist zu einem Gesamtstatut geworden, welches berufliche wie betriebliche Angelegenheiten der erfassten AN und AG regelt und - im Interesse der beiden Wirtschaftsparteien - auf diese Weise den Arbeitsfrieden möglichst sichern will 3). Der GAV ist zum eigentlichen Friedensvertrag geworden, mit dem Zweck, die sozialen Spannungen in seinem Geltungsbereich zu beseitigen und dadurch klare, für beide Parteien erträgliche Bedingungen der Zusammenarbeit zu schaffen 4).

Die heutige Bedeutung der GAV ist bei Schweingruber-Bigler 5) kurz und bündig in fünf Thesen zusammengefasst, die wir

---

1) Salin-Burckhardt, Handbuch Volkswirtschaft 1955,Bd.I S.552

2) Schon 1951, als kollektive Abmachungen ohne Normativbestimmungen noch nicht als GAV galten, hat Schweingruber (Der GAV 1951, S.7,11,15) von einer "wirklichkeitsfremden Ueberschätzung der normativen Wirkung" gewarnt; diese sei "eher ein Akzessorium als ein Essentiale dieses Vertrages".

3) Zanetti B., Gesamtarbeitsvertrag und Allgemeinverbindlichkeitserklärung, SJK No.841, S.4

4) Schnorr von Caroldsfeld L., Arbeitsrecht S. 60

5) Kommentar GAV 1972 S. 25/26, auch abgedruckt in GR 1973 S. 153/154

hier übernehmen:

a) "Der GAV ist in juristischer Sicht eine eigenartige Rechtsquelle, nämlich eine materielle Ordnung der Arbeitsbedingungen, die zwar im Rahmen des zwingenden Gesetzesrechtes bleiben muss, sich aber im übrigen mit zwingender Wirkung gegenüber individuellen widersprechenden Abreden durchsetzt. Sie ist eine Art Sonderrecht für die am GAV beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

b) Der GAV ist eine hervorragende Friedensordnung im Gebiet der Arbeit. Nicht nur führt er die Partner zum freiwilligen Verzicht auf kollektive Kampfmassnahmen, sondern auch zur Festsetzung eines geordneten Verfahrens zur Schlichtung oder schiedsgerichtlichen Erledigung von Arbeitskonflikten.

c) Der GAV ist eine Kontroll- und Vollstreckungsordnung von ganz eigener Prägung. Die Verbände als Vertragskontrahenten organisieren gemeinsam und durch paritätisch bestellte Organe die Aufsicht und Kontrolle. Sie erzwingen die Einhaltung des im GAV aufgestellten materiellen Rechts mit eigenen Einrichtungen, neben den individuellen Ansprüchen der einzelnen Beteiligten, ja nicht selten über deren Dispositionen hinaus und hinweg.

d) Der GAV wird zur dauerhaften Institution durch gemeinsame Einrichtungen, die von ihm geschaffen und mit grösserer oder geringerer Verselbständigung getragen werden. Umgekehrt sind diese Einrichtungen geeignet, über die zeitliche Geltungsdauer eines GAV hinaus die "Berufsgemeinschaft" zu erhalten.

e) Der GAV übernimmt neben dem Schutz der Arbeitnehmer Ordnungsfunktionen innerhalb des erfassten Berufes (Arbeitsbedingungen, Arbeitsfrieden, berufliche Ertüchtigung, Einordnung von Aussenseitern und and.)".

B E S O N D E R E R T E I L

I. DISPOSITIVE NORMATIVBESTIMMUNGEN IN GAV

1. R e g e l u n g d e s G e s e t z e s , A r t . 357 Abs. 1 OR

Unzweifelhaft liegt die Stärke des Gesamtarbeitsvertragsrechts in der Unabdingbarkeit der nach dem Willen der Tarifpartner normativ wirkenden (einseitig-zwingenden) Vertragsbestimmungen, im Vorgehen der kollektivrechtlichen Abmachungen vor einzelarbeitsvertraglichen Vereinbarungen, also im grundsätzlichen "Vorrang des Kollektivrechts vor dem Individualrecht" 1). Der Grund einer solch zweifellos massiv fühlbaren Einschränkung des sonst unsere Rechtsordnung als wesentliche Leitidee charakterisierenden Grundsatzes der Vertragsfreiheit ("Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden", Art. 19 Abs. 1 OR) liegt in der besonderen sozialen Schutzbedürftigkeit des einzelnen AN beim Abschluss und während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und rechtfertigt die normative Wirkung auch heute noch, da sich diese Situation im Grunde genommen nur unwesentlich verändert hat.

Das Wesen der Unabdingbarkeit, worunter in der Wissenschaft und Praxis die Vereinigung von zwingender u n d unmittelbarer (automatischer) Wirkung verstanden wird 2), liegt in der Nichtigkeit der von den (relativ-zwingenden) Normativbestimmungen des GAV abweichenden und diesen widersprechenden, einzelarbeitsvertraglichen Abreden

---

1) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 399

2) Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 4 zu Art. 323 OR

(zwingende Wirkung) und in der Ersetzung dieser nichtigen Bestimmungen durch diejenigen des GAV (unmittelbare, automatische Wirkung) 1).

Nicht erfasst von der einseitig-zwingenden Normativwirkung werden nun aber Vereinbarungen der Kontrahenten des Einzelarbeitsvertrages, sofern sich diese für den betreffenden AN (Art. 357 Abs. 2 OR spricht allerdings von einer Günstigkeit zugunsten einer Mehrheit von Arbeitnehmern) vorteilhafter, will heissen zu dessen persönlichen Gunsten auswirken. Die rechtliche Zulässigkeit und Wirksamkeit solcher Abreden ergibt sich aus dem gesetzlich anerkannten Günstigkeitsprinzip (Art. 357 Abs. 2 OR), und findet ihren Grund darin, dass es nicht Aufgabe des GAV-Rechts sein kann, für den AN günstigere Einzelabreden zu verhindern, sondern dass mit der Beachtung und Einhaltung der vom GAV aufgestellten Mindestarbeitsbedingungen der Schutzfunktion, der Primärfunktion einer jeden Gesamtvereinbarung, Genüge getan ist.

Die vom Gesetzgeber in Art. 357 Abs. 2 OR vorgesehene Unabdingbarkeit einer Norm tritt jedoch nicht in jedem Fall, gleichsam ausnahmslos ein. Dieser Artikel besagt nämlich, dass die Unabdingbarkeit der (einseitig-zwingenden) normativen Bestimmungen des GAV ausgeschlossen werden könne, sofern dies dem Willen der beiden vertragsschliessenden GAV-Parteien entspreche ("... sofern der Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt"). Machen nun die Sozialpartner von der ihnen eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, geben sie folglich die durch die Unabdingbarkeit den Einzelarbeitsvertragsparteien teilweise (Günstigkeitsprinzip) genommene

---

1) Zu der umstrittenen Rechtsfrage, ob die normativen Gesamtarbeitsvertragsbestimmungen Inhalt des Einzelarbeitsvertrages werden und in diesen "eingehen", oder ob sie nur auf diesen "unmittelbar beherrschend einwirken", vgl. Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 386/387. Die Ansicht Nikischs, der die erste Variante vertritt, ist nicht haltbar. Den GAV-Vorschriften kommt die Bedeutung von sog. zwingend-ergänzendem Recht zu, das lediglich auf die Arbeitsverhältnisse einwirkt, analog dem gesetzten Recht, vgl. Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 10 zu Art. 323 OR, Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 377, Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht S. 710

Vertragsfreiheit diesen wieder zurück, so wirken die besagten Vorschriften wie abdingbares, also nicht mehr einseitig-zwingendes, sondern wie dispositives Gesetzesrecht auf die betroffenen Arbeitsvertragsverhältnisse ein. Mit dem einzigen Unterschied allerdings, dass es sich hier um eine andere Rechtsquelle handelt, nämlich um (dispositive) gesamtarbeitsvertragliche Rechtsnormen.

Die wissenschaftliche Erörterung des GAV-Rechts unter diesem speziellen Gesichtspunkt ist bisher in starkem Mass vernachlässigt worden und steht im Gegensatz zur Entwicklung in der Praxis, wo dispositive Normen in GAV zunehmende Bedeutung erlangen. Der Begriff der "dispositiven N o r m" bzw. der "dispositiven N o r m a t i v bestimmung" mag auf den ersten Blick hin etwas verwirrend - möglicherweise sogar falsch, da vermeintlich widersprüchlich - wirken, da üblicherweise mit dem Begriff der Rechtsnorm die Unabänderlichkeit, d.h. die zwingende Wirkung verbunden ist. In der Tat findet sich denn dieser hier angewandte Begriff im einschlägigen arbeitsrechtlichen Schrifttum kaum, was uns jedoch nicht hindert, denselben hier zu gebrauchen. Denn durch den Zusatz des Wortes "dispositiv" scheint der Unterschied zur üblichen Begriffsvorstellung der Norm genügend zum Ausdruck zu kommen und jeglicher Begriffsverwirrung entgegenzuwirken. Wenn auch die dispositiven Normen der Kollektivvereinbarung nicht zwingend auf das Arbeitsverhältnis einwirken, so gestalten sie es immerhin unmittelbar (automatisch), solange die Arbeitsvertragsparteien nichts vom Tarifvertrag Abweichendes vereinbart haben. Insofern also eine "normähnliche" Wirkung.

Die Eigenart des dispositiven Gesetzesrechts nun besteht darin, dass es nur da Geltung beansprucht, wo die Parteien von der Möglichkeit, ihre Rechtsverhältnisse selbständig zu ordnen, keinen Gebrauch gemacht und auf eine Eigenregelung verzichtet haben 1). Es ist also seiner Funktion nach

---

1) Von Büren, OR allg. Teil S. 171

subsidiäres, ergänzendes Recht neben den Vereinbarungen der Vertragsparteien 1). Genau gleich verhält es sich mit den dispositiven Normativbestimmungen des GAV. Sie haben die Bedeutung von Ergänzungsbestimmungen, die gelten unter Vorbehalt einer anderslautenden, abweichenden Einzelregelung.

Ob die GAV-Parteien die Möglichkeit des Ausschlusses der Unabdingbarkeit zulassen wollen oder nicht, steht in ihrem Ermessen. Sie befinden darüber innerhalb den Schranken des gesetzten Rechts (vgl. unten) frei. Demzufolge kann der Ausschluss allgemein für alle oder nur für bestimmte (einseitig-zwingende) Normativbestimmungen vereinbart werden, sei es, dass die Einzelarbeitsvertragsparteien das Arbeitsverhältnis völlig frei gestalten können und ihrer ursprünglichen Dispositionsfreiheit wieder teilhaftig werden, sei es, dass die GAV-Parteien gewisse Voraussetzungen und Bedingungen aufstellen, die erfüllt sein müssen, ehe von den grundsätzlich unabdingbaren Bestimmungen durch einzelarbeitsvertragliche Abrede abgewichen werden darf. Immerhin ist der teilweise vertretenen Ansicht im Bezug auf eine scheinbar unbegrenzte Gestaltungsmöglichkeit des nachgiebigen Gesetzesrechts durch die Einzelarbeitsvertragsparteien (und demzufolge auch durch die Kollektivpartner) beizupflichten, die besagt, dass die Gestattung von Abweichungen "sachlich gerechtfertigt" sein müsse; da das dispositive Gesetzesrecht (und analog wohl die dispositiven Normativbestimmungen der GAV) den Vertragsparteien nur die Möglichkeit geben wolle, den Vertragsinhalt den besonderen Umständen des Einzelfalles anzupassen. Sei eine Abweichung "völlig sachfremd motiviert", so dürfte sie keine rechtliche Anerkennung finden 2). Diese Aussage dürfte auch Geltung haben im Verhältnis dispositiver Normativbestimmungen des GAV-Einzelarbeitsvertrag . Die Gefahr solch sachlich

---

1) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 399 spricht von den dispositiv ergänzenden Rechtsnormen als den "Eventualvorschriften".

2) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm.161 zu § 4 TVG, ebenso Nikisch A., Arbeitsrecht II S.229, Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch I S. 301 "rule of reason".

ungerechtfertigter Gestattung wird allerdings sehr gering sein, vor allem wenn man sich vergegenwärtigt, dass es sich bei jeder Kollektivvereinbarung um ein Gemeinschaftswerk handelt, bei dessen Ausarbeitung jede Seite normalerweise ihre Interessen und Rechte zu wahren weiss.

Art. 357 **Abs.** 1 OR sieht für die Bestimmungen des GAV über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse die Unabdingbarkeit vor, "sofern der Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt". Daraus ergibt sich, dass der Ausschluss der Unabdingbarkeit im Regelfall nicht zu vermuten ist, sondern die Sozialpartner die relativ-zwingende Wirkung auf a l l e, die einzelnen Arbeitsverhältnisse gestaltenden Bestimmungen ausgedehnt wollen wissen. Möglicherweise soll aber nach Meinung der Tarifpartner nur ein Teil der Bestimmungen unabdingbar wirken, während einzelne andere Bestimmungen abdingbar sein sollen. Das ist aber nicht immer eindeutig feststellbar, da die Gestattung von Abweichungen von der Unabdingbarkeit keine ausdrückliche (expressis verbis) sein muss, sondern sich ebensogut aus der Natur oder dem Zweck 1) der fraglichen Bestimmung ergeben kann 2). Das Problem wird damit im Zweifelsfall zu einem solchen der Interpretation, wo auf dem Weg der Auslegung im Einzelfalle festzustellen ist, was die Parteien mit einer bestimmten Vorschrift gewollt haben, ob sie ihr relativ-zwingende Wirkung zulegen wollten oder nicht 3).

Offenbar der Schwierigkeiten solcher Vertragsinterpretationen bewusst (andere Gründe ausser der damit verbundenen

---

1) Vgl. analog beim Gesetzesrecht Gmür M., Kommentar, Note 22 zu Art. 19 OR

2) Problemlos bei sog. Empfehlungen, wo sinngemäss die normative zwingende Wirkung wegbedungen wird, vgl. Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV S. 56

3) Vgl. Urteil Rekurskommission Kantonsgericht St.Gallen vom 7.11.1962 in ARV 1962 No. 40 S.110 unten; Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV S. 56, Buchli H., Auslegung des Gesamtarbeitsvertrages S. 17

Gefährdung der Rechtssicherheit sind schwerlich ersichtlich), besagte Art. 4 Abs. 1 des Entwurfes 1) zu einem Bundesgesetz über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit vom 29.1.1954 noch, dass die Parteien durch "ausdrückliche" Bestimmung in den GAV die Zulässigkeit der Abdingbarkeit gestatten können. In der Fassung vom 1.1.1957 wurde dann allerdings auf diese Formulierung wieder verzichtet, woraus sich (in zwangsläufiger Uebereinstimmung mit dem jetzigen Wortlaut des Art. 357 Abs. 1 OR) ergibt, dass sich der Ausschluss der Unabdingbarkeit auch aus dem Zweck bzw. der Natur der betreffenden Bestimmung ergeben kann.

Wie schon gesagt, ist das, was nach dem Willen der Kollektivpartner rechtens sein soll, bei Fehlen ausdrücklicher Bestimmungen im GAV selbst nicht immer leicht festzustellen. Nehmen wir beispielsweise an, die GAV-Parteien hätten eine dispositive Gesetzesbestimmung in ihrem Vertrag eingebaut oder auf eine solche verwiesen, ergeben sich daraus grundsätzlich zwei Möglichkeiten. Entweder wird damit bezweckt, dass die betreffende nachgiebige Gesetzesvorschrift zur (relativ-zwingenden) unabdingbaren Arbeitsnorm wird, die demzufolge der Dispositionsfreiheit der Einzelarbeitsvertragsparteien teilweise (Günstigkeitsprinzip) entzogen ist oder die Vertragsparteien wollen die Regelung des Gesetzgebers unberührt lassen und sie so, wie sie ist, möglicherweise aus Vollständigkeitsgründen 2) übernehmen. Es hat sich bezüglich der Interpretation eine gewisse Praxis entwickelt. Werden von den Kollektivpartnern dispositive gesetzliche Bestimmungen wörtlich dem GAV einverleibt, so ist - vorbehältlich anderer Abreden oder besonderer Umstände, die eine andere Auslegung erfordern - normalerweise eine relativzwingende Arbeitsnorm anzunehmen, welche eine Aenderung zu Ungunsten des einzelnen AN verbietet 3). Verweist der GAV

---

1) BBl 1954, I S. 125, 161

2) Schnorr von Caroldsfeld, Arbeitsrecht S. 61

3) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 284

hingegen auf das Gesetz, indem er dessen Regelung für anwendbar erklärt, so handelt es sich, auch hier von Ausnahmen abgesehen, bloss um einen Hinweis ohne gesamtarbeitsvertragliche Wirkung, um eine sogenannte n e u t r a l e Regel 1). Dadurch wird also das nachgiebige Gesetzesrecht nicht etwa zu einseitig-zwingendem, unabdingbaren Gesamtarbeitsvertragsrecht, sondern bleibt dispositives Gesetzesrecht, welches auf die Arbeitsverhältnisse ergänzend einwirkt. Es ist jedoch zu beachten, dass vorgenannte Regeln keine absolute, für jeden Fall geltende Gültigkeit für sich beanspruchen können; es sind lediglich (durch die Praxis entwickelte) Behelfe. Denn hier wie dort ist letzten Endes zur Beurteilung des Einzelfalles der Wille der vertragsschliessenden Parteien entscheidend, ob eine Norm als abdingbar gilt oder nicht; dieser ergibt sich - im Zweifelsfall - durch Auslegung.

2. G e s e t z g e b u n g s p o l i t i s c h e M o t i v a t i o n z u m A u s s c h l u s s d e r U n a b d i n g b a r k e i t

Der Schutzbedürftigkeit des einzelnen, im abhängigen Arbeitsverhältnis stehenden ANs wird u.a. durch den vom Gesetzgeber vorgesehenen Grundsatz der Unabdingbarkeit des normativen GAV-Teils Rechnung getragen. Dem Zweck des GAV entsprechend, dem einzelnen AN ein Minimum an sozialer und wirtschaftlicher Sicherheit gegenüber dem AG zu garantieren, allerdings unter gewisser Einschränkung der Betätigungsfreiheit des Einzelnen als Voraussetzung 2), findet der Vorrang des Kollektivprinzips dort grundsätzlich seine Grenzen, wo der einzelne AN auf Grund besonderer Abmachungen eine im Vergleich zum GAV günstigere Rechtsstellung erlangt 3). Daraus folgt, dass die gesamtarbeitsvertrag-

---

1) Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 230, Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht S.93, Hueck-Nipperdey-Tophoven, Kommentar, Anm. 41 zu § 1 TVG

2) Vischer F., BJM 1957 S.9

3) Stienen K., Grenzen der Tarifmacht S. 20

lichen Normen (insbesondere Ferien, Entlöhnung) Mindestarbeitsbedingungen darstellen, die die individuelle Leistungsfähigkeit des AN nicht in genügendem Masse berücksichtigen können 1), sondern auf eine durchschnittliche Arbeitskraft zugeschnitten sind.

Nicht in jedem Falle werden jedoch diese "Basiswerte" von allen AN erreicht; es ist hier an diejenigen AN zu denken, welche wegen psychischen oder physischen Gebrechen nicht das gleiche Arbeitsergebnis erbringen können, wie ihre gesunden Kollegen 2). Sie erreichen die der Lohnberechnung zugrunde gelegten Durchschnittwerte nicht und eine Gleichstellung mit den zu GAV-Bedingungen beschäftigen AN müsste mit Recht als unbillig empfunden werden. In Betracht fallen hier allerdings nur Abweichungen vom Mindestlohn; nach andersweitigen ungünstigeren Vereinbarungen besteht kein Bedürfnis 3).

Zur Regelung individuell gerechtfertigter Abweichungen zu "Ungunsten" des einzelnen AN sehen nun viele GAV sogenannte Minderleistungsklauseln vor, welche besagen, dass die Mindestlohnansätze keine Anwendung auf nicht voll leistungsfähige AN finden. Beispiele:

- "Die Festsetzung des Lohnes für Arbeitnehmer mit verminderter Arbeitsfähigkeit ... bleibt der freien Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer überlassen" 4).

---

1) Nach Herschel W. (Arbeitsrecht S.43) bleiben wirtschaftlich schwache Betriebe ebenso unberücksichtigt, weshalb auch dort eine untertarifliche Entlöhnung ausnahmsweise zulässig sei, sofern dies im GAV vereinbart sei. Es besteht aber auch nur die Möglichkeit, im Falle einer besonders schwierigen Wirtschaftslage eines Betriebes, diesen vom persönlichen Geltungsbereich des GAV auszunehmen, und so der Gefahr einer Aushöhlung der Unabdingbarkeit vorzubeugen, vgl. Nikisch A.,Arbeitsrecht II S.377

2) Z.B. Invalidität, Schwerbeschädigte, Unfallverletzte, besonders alte Arbeitskräfte, AN, die sich erst eingewöhnen müssen; Beispiele stammen von Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm. 167 zu § 4 TVG

3) Nikisch A., Arbeitsrecht II S.412

4) Art. 10 GAV Schweizerischer Brauereien mit Verband AN in Handels-, Transport- und Lebensmittelbetrieben der Schweiz vom 30.9.1971

- "Schwächliche und minderleistungsfähige Arbeitnehmer fallen bezüglich der Mindestlohnansetzung ausser Betracht ..." 1).
- "Bei der Berechnung des Betriebsdurchschnittlohnes fallen ... nicht voll leistungsfähige Arbeitnehmer ausser Betracht" 2).

Vielfach bleibt es bei dieser knappen Regelung und es ist dann den Parteien des Einzelarbeitsvertrages überlassen, eine gerechte, den besonderen Umständen beiderseits Rechnung tragende Entschädigung zu finden. Die Gefahr einer etwas einseitigen Auslegung (AG) dieser GAV-Bestimmung ist nicht von der Hand zu weisen. Daher wird sie vielfach ergänzt, derart, dass entweder eine Personenmehrheit (Arbeiterkommission, Berufskommission, paritätische Kommission) die Arbeitsbedingungen d.h. den Lohn festlegt, oder dass die zwischen dem AN und AG getroffene Vereinbarung nur mit Zustimmung einer übergeordneten Stelle rechtswirksam sind. Beispiele:

- "Die ... Mindestlöhne können unterschritten werden für Arbeitnehmer, die voraussehbar für längere Zeit offensichtlich ungenügende Leistungen aufweisen. In solchen Fällen ist zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer eine begründete schriftliche Lohnvereinbarung abzuschliessen und diese vom Arbeitgeber der zuständigen paritätischen Kommission (...) zuzustellen. Die Lohnvereinbarung erlangt Rechtskraft, sobald sie von der paritätischen Kommission genehmigt wurde" 3).
- "Mit Zustimmung der Arbeiterkommission kann für Arbeitnehmer mit verminderter Arbeitsfähigkeit ein unter dem Tariflohn stehender Lohnansatz schriftlich vereinbart werden" 4).
- "Für Arbeitnehmer, die dauernd ungenügende Leistungen aufweisen, kann durch eine den Grund der Minderleistungsfähigkeit angebende schriftliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein niedriger Lohn festgesetzt werden. Jede derartige Vereinbarung ist erst dann gültig, wenn sie in einem vom Arbeit-

---

1) Art. 12 GAV Schweizerischer Engros-Möbel-Industrie vom 1.1.1970

2) Art. 9 Abs. 3 GAV für das Schreinergewerbe 1971-1974, rev. Fassung vom 4.12.1971

3) Art. 23 Abs. 4 Landesvertrag für das schweizerische Dachdeckergewerbe, rev. Fassung vom 1.1.1972

4) Art. 8 Abs. 4 GAV Schweizerische Schokoladenindustrie vom 1.10.1970

geber und Arbeitnehmer unterzeichneten Exemplar der PLK (=paritätische Landeskommission, vom Verf. eingefügt) zugestellt wurde und diese keinen Einspruch erhebt"1).

Eine solche unmittelbare Einwirkung verspricht zweifellos eine dem Einzelfall gerechter werdende, objektivere Beurteilung. Der Zweck der Unabdingbarkeit, den Sozialwillen über den Individualwillen zu stellen, erfährt durch solche Abweichungen keine Gefährdung; im Gegenteil. Der GAV wird vielmehr elastischer 2) und schützt auch den AG vor unberechtigten Ansprüchen seiner AN.

Allerdings berechtigt nicht schon eine von Zeit zu Zeit auftretende mangelhafte Leistung zu untertariflicher Entlöhnung. In diesem Falle hat ja der AG die Möglichkeit, Schadenersatz zu verlangen, sofern ihm der AN den Schaden absichtlich oder fahrlässig zugefügt hat, Art. 321 e Abs. 1 OR. Unter Minderleistung versteht man vielmehr diejenige konstante Schlechtleistung, deren Ursache ein genereller physischer Mangel in der Person des Beschäftigten ist, der eine anhaltende erhebliche Verminderung der Leistungsfähigkeit zur unbedingten Folge hat 3).

Um nun solche konstante Schlechtleistungen lohnmässig nicht mit den dem GAV zur Mindestlohnberechnung dienenden Durchschnittsleistungen gleichsetzen zu müssen, hat der Gesetzgeber (u.a.) die Möglichkeit des Ausschlusses der Unabdingbarkeit vorgesehen und so den GAV zu einem sehr flexiblen Vertragsinstrument gemacht.

---

1) Art. 4 Abs. 4 Landesvertrag für das Schweizerische Carrosseriegewerbe, rev. Fassung vom 1.1.1972; vgl. weiter etwa noch Art. 12 GAV für die schweizerische Leinenindustrie vom 15.11.1971

2) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 404

3) Mierwald H.G., Untertarifliche Entlöhnung bei Minderleistung S. 9/10

3. Rechtliche Wirkungen

Abdingbare Normen gesamtarbeitsvertraglicher Regelungen sind in ihrer Wirkung, wie schon erwähnt, mit dem dispositiven Gesetzesrecht zu vergleichen. Sie gelten unmittelbar (d.h. ohne entsprechende Willenseinigung, Zustimmung oder sogar Kenntnis der Arbeitsvertragsparteien), jedoch nicht zwingend für die ihnen unterstellten Arbeitsverhältnisse und zwar solange, als die Einzelarbeitsvertragsparteien keine besonderen Abreden getroffen haben. Machen dieselben jedoch von der ihnen zustehenden Vertragsfreiheit Gebrauch und treffen eine selbständige Regelung, so ist einzig und allein diese massgebend.

In dieser seiner Wirkung nähert sich der GAV dem Normalarbeitsvertrag, einer behördlichen Rechtsverordnung 1), dem Ergänzungsfunktion durch die Schaffung dispositiven objektiven Rechtes für den Fall zukommt, dass die Vertragsparteien keine eigene Regelung aufgestellt haben ("soweit nichts anderes verabredet wird", Art. 360 Abs. 1 OR).

Treffen die Parteien des Einzelarbeitsvertrages (zulässigerweise) vom GAV abweichende Abreden, so werden diese nicht etwa, wie Maus 2) annimmt, vom Schutze der Unabdingbarkeit ergriffen. Das würde der eigentlichen Zweckbestimmung des dispositiven Rechts, veränderten Bedürfnissen und Erscheinungen gebührend Rechnung tragen zu können, widersprechen. Vielmehr ist es so, dass sich die Einzelarbeitsvertragsparteien jederzeit die elastische Wirkung des nachgiebigen Rechts zunutze machen können, ohne dass die zwingende Normwirkung jemals eintreten würde 3). Denn eine Verbindung von unmittelbarer u n d zwingender Wirkung ist nicht in jedem

---

1) Oser-Schönenberger, Kommentar,Note 3 zu Art. 324 OR

2) Maus-Gross, Anm. 78 zu § 4 TVG, zitiert bei Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 399 Anm. 2

3) Vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch I S. 301, ebenso Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 414

Fall vonnöten. Bei dispositiven Normativbestimmungen in GAV, von denen die Kontrahenten des Einzelarbeitsvertrages keinen Gebrauch zu abweichenden Vereinbarungen machen, geht es nicht um ein Verdrängen arbeitsrechtlicher Bestimmungen, sondern lediglich um deren "positive Beeinflussung"1)

II. RELATIV ZWINGENDE NORMATIVBESTIMMUNGEN IN GAV

1. Regelung des Gesetzes, Art.357 Abs.2 OR

Wir haben gesehen, dass einzelarbeitsvertragliche Abreden, die gegen die unabdingbaren gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen verstossen, nichtig sind und durch die Bestimmungen des GAV ersetzt werden. Dieser vom Gesetzgeber in Art. 357 Abs. 2 OR festgelegte Grundsatz erfährt insofern eine Ausnahme 2), als Vereinbarungen, die "zugunsten der AN" getroffen werden, davon nicht berührt werden; dann nämlich sind solche Regelungen rechtswirksam, weshalb man die Normativbestimmungen der GAV auch als einseitig-zwingende, relativ-zwingende, "zugunsten der AN" dispositiv wirkende Bestimmungen anspricht 3).

Nicht seit jeher allerdings hat sich das Günstigkeitsprinzip auf eine positiv-rechtliche Grundlage stützen können. Eine privatrechtliche Verankerung fand es erst 1956 mit der Neuregelung der Allgemeinverbindlichkeit von GAV und der gleichzeitigen Revision des GAV-Rechts im Jahre 1956 durch

---

1) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 375

2) Allerdings handelt es sich hier nicht um eine Ausnahmeregelung im strengen Sinne des Wortes; denn die Unabdingbarkeit und das Günstigkeitsprinzip stellen nur Kehrseiten eines einheitlichen Prinzips dar, wobei sich beide auf der Mindestgrenze treffen. Die Günstigkeit ist also eine besondere Ausformung der tariflichen Unabdingbarkeit und ist im Verhältnis zu dieser akzessorisch, vgl. Herschel W. RdA 1969 S.214, Firnhaber U., Günstigkeitsprinzip S. 6, Tröster K., Gestaltung des Arbeitsverhältnisses S. 47, Kreis W., RdA 1961, S. 98

3) Schweingruber E., Arbeitsrecht S. 79, Zanetti B., Gesamtarbeitsvertrag und Allgemeinverbindlicherklärung, SJK 841 Ersatzkarte S. 3, Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 419

Art. 323 Abs. 2 OR 1). Allerdings handelte es sich nicht um eine konstruktive Schaffung des Gesetzgebers, sondern um die "Uebernahme einer auf Auslegung beruhenden bewährten Regel" 2). Denn schon unter der Geltung des OR 1911 wurde das Günstigkeitsprinzip beim GAV sowohl von der Rechtswissenschaft als auch von der Praxis mehrheitlich anerkannt, obwohl es vom Gesetz mit keinem Wort erwähnt wurde 3). Allerdings musste für die Zulässigkeit begünstigender Abreden der Willen der Vertragskontrahenten unzweideutig auf die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen ausgerichtet sein, denn es war ja auch möglich und rechtlich zulässig, in GAV Höchstarbeitsbedingungen aufzustellen, die von den Parteien des Einzelarbeitsvertrages nicht mehr "zugunsten des einzelnen AN" abgeändert werden konnten. Wie die Bestimmungen schlussendlich zu wirken hatten, war dem Sinn der gesamtarbeitsvertraglichen Vereinbarung zu entnehmen 4).

Freilich gingen die Lehrmeinungen über die rechtliche Zulässigkeit von Höchstarbeitsbedingungen, absolute oder Rahmenbestimmungen mit einer oberen Grenze, auseinander 5) und die Streitfrage, ob das Günstigkeitsprinzip von den GAV-Parteien durch Aufstellen absolut unabänderlicher Normen wegbedungen werden könne oder nicht, erfuhr durch Art. 323 Abs. 2 OR/F 57, heute Art. 357 Abs. 2 OR die gewünschte Klärung 6).

Trotz der positivrechtlichen Ausgestaltung des Günstigkeitsgrundsatzes ist dessen Berechtigung verschiedentlich sowohl

---

1) Art. 4 Abs. 2 Buchst.b der Botschaft über GAV und AVE, BBl 1954 I S. 125 ff

2) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S. 59

3) Vgl. dazu Botschaft über GAV und AVE, BBl 1954 I S. 162, Schmidt G., Günstigkeitsprinzip S.21, Buchli H.P.,Auslegung des GAV S. 86

4) Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 6 zu Art. 323 OR, Thalmann-Antenen, Allgemeinverbindlichkeit der GAV S.95

5) Vgl. dazu "Ausbau des Rechts der Gesamtarbeitsverträge" in WuR 1950 S.14, Gysin A., RdA 1950 S. 4

6) Vgl. Ausführungen S. 100 ff dieser Arbeit

aus verfassungsrechtlichen Gründen 1) als auch aus sozial- und wirtschaftspolitischen Ueberlegungen heraus 2) in Zweifel gezogen worden. Die im folgenden zu behandelnde Kernfrage wird sich daher vornehmlich um die Rechtskraft des Günstigkeitsprinzips drehen, darum also, ob auf normativem oder schuldrechtlichen Weg vereinbarte Höchstarbeitsbedingungen zulässig sind oder nicht.

2. Gesetzgebungspolitische Motivation zur Schaffung einer Individualsphäre der Einzelarbeitsvertragsparteien (Leistungsprinzip)

Günstigkeitsprinzip und Leistungsprinzip sind in ihren Wechselbeziehungen nicht zu verwechseln. Während das Wesen des Leistungsprinzips (der Grundsatz wird übrigens vom Gesetzgeber mit keinem Wort erwähnt) 3) darin besteht, auf die individuellen Fähigkeiten und die Leistung bei der Lohnbemessung des einzelnen Beschäftigten abzustellen, d.h. bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen der Verwirklichung des individuellen Leistungsgedankens dient, ist das Günstigkeitsprinzip als solches inhaltlich umfassender und heute auch bedeutender. Es ist dem Leistungsprinzip übergeordnet. Wohl schliesst der Günstigkeitsgrundsatz das Leistungsprinzip in sich. Darüber hinaus aber schränkt er den Bereich der Normsetzungsbefugnisse der GAV-Parteien von

---

1) Huber H., Berner Kommentar, Einleitungsband, Note 224-226 zu Art. 6 ZGB, allerdings im Verhältnis zwischen den Rechtsquellen des staatlichen Rechts und des Verbandsrechts, weshalb darauf nicht näher eingetreten werden soll, vgl. dazu die Kritik von Wittzack W., Schweizerisches Gesamtarbeitsvertragsrecht S. 101 ff

2) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S.59-61 (allerdings Bigler S.99), Schweingruber E., in Festschrift Marbach S.435/436, derselbe in GR 1958 S.171; neuerdings auch Streiff U., Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht S.222. Im deutschen Rechtsgebiet allein Zigan-Sabin, Kommentar TVG, Note 5b zu § 4 TVG

3) Dennoch stellt es eine "ungeschriebene Ordnung unserer öffentlichen und privaten Wirtschaft" dar, "weil sich im Berufsleben der einzelne nur voll entfalten kann, wenn seine persönliche Leistung auch in einer entsprechenden Entlöhnung Anerkennung findet", Barrot A., Die Abwerbung von Arbeitskräften S. 164

demjenigen der Gestaltungsfreiheit der Einzelarbeitsvertragsparteien überlassenen Raum ab; insofern ist das Günstigkeitsprinzip die Garantie eines grundsätzlich unantastbaren Individualbereichs 1).

Die grundsätzliche gesetzgebungspolitische Ueberlegung für die Aufstellung eines Leistungsprinzips besteht darin, dass neben der generell-kollektiven Regelung der Arbeitsbedingungen auf dem Wege der Gesamtvereinbarungen eine der Individualleistung entsprechende einzelarbeitsvertragliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (so insbesondere die Entlöhnung) ermöglicht werden soll. Denn die Vielgestaltigkeit des täglichen Arbeitslebens verlangt eine stärkere Differenzierung der Arbeitslöhne, um die individuellen Leistungsmöglichkeiten hinreichend zu erfassen, als dies mittels Festsetzung gesamtarbeitsvertraglicher Mindestlöhne möglich ist 2). Unweigerlich haftet nämlich dem GAV als kollektivrechtlichem Instrument mit Schutz- und Ordnungsfunktion eine gewisse Nivellierungsgefahr 3) an, da dieser sich eben bei der Aufstellung seiner Mindestarbeitsbedingungen (v.a. Lohn) auf die durchschnittliche Arbeitsleistung eines zahlenmässig unbekannten AN-Kreises stützt. Es muss also grundsätzlich für eine den Leistungen des einzelnen AN entsprechende Vergütung Raum bleiben, damit dieser durch eine Leistungssteigerung seine wirtschaftliche und soziale Lage verbessern kann 4). Daraus folgt für den Fall, dass die Einzelarbeitsvertragsparteien eine der Leistung und den persönlichen Fähigkeiten des AN Rechnung tragende, vom GAV

---

1) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm. 158 zu § 1 TVG, Anm. 190 zu § 4 TVG, Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S. 17, Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 420, Wittzack W., Schweizerisches Gesamtarbeitsvertragsrecht S. 214, Tröster K., Gestaltung des Arbeitsverhältnisses S. 47

2) Sitzler F., Festschrift Molitor S. 283

3) Womit insbesondere das Emporsteigen der einzelnen AN und damit deren Persönlichkeitsentfaltung in starkem Masse gehemmt wird, vgl. Wittzack W., Schweizerisches Gesamtarbeitsvertragsrecht S. 212, ebenso BarrotA., a.a.O. S.160/161, der die Nivellierungstendenz jedoch bei Firmenverträgen als klein erachtet.

4) Nikisch A., DB 1963 S. 1255

abweichende günstigere Vereinbarung (höherer Lohn als Ansatz) getroffen haben, ein kollektivrechtlicher Eingriff, der diese vorteilhafteren Arbeitsbedingungen unter Hinweis auf absolut unabänderliche Löhne als unwirksam erklären will, unzulässig ist, selbst unter dem Gesichtspunkt der Herstellung einer einheitlichen Ordnung im Beruf zur Friedenswahrung 1). Denn einmal können unabänderliche Höchstlöhne nicht normativ vereinbart werden 2). Des weitern hat in diesem Fall die Ordnungsfunktion - zweifellos ein Charakteristikum und ein in immer stärkerem Mass hervortretendes Element einer jeden Kollektivvereinbarung - hinter dem Leistungsgrundsatz zurückzutreten, da dessen Berücksichtigung sonst, wegen der Nichtigkeitsfolge, verunmöglicht wird 3). Ueberhaupt geht der Ordnungs- und Autonomiegedanken nur soweit, als er als notwendige Voraussetzung für die Schaffung und Aufrechterhaltung des Arbeitsfriedens erachtet werden kann und ist der Schutzfunktion des GAV in dem Sinne untergeordnet, als die Ordnungsfunktion für sich allein, ohne Erfüllung des Schutzzweckes, keine selbständige Bedeutung hat 4).

Sicher besteht eine wichtige Aufgabe des Günstigkeitsprinzips darin, dem Leistungsgedanken zur Verwirklichung zu verhelfen, indem es einerseits die Zulassung besserer d.h. höherer einzelvertraglicher Lohnabmachungen ermöglicht und andererseits wegen seiner Unabdingbarkeit die Vereinbarung von absolut zwingenden Höchstlöhnen ausschliesst. Allerdings kann das Günstigkeitsprinzip durch den Leistungsgedanken allein, wie beispielsweise Nipperdey es tat 5), indem er

---

1) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S. 59

2) Vgl. aber die Ausführungen S. 95 ff

3) Anderes gilt jedoch bei schuldrechtlichen Vereinbarungen, siehe S. 122

4) Nikisch A., DB 1963 S. 1255, Biedenkopf K., Gutachten S. 113, Wittzack W., Schweizerisches Gesamtarbeitsvertragsrecht S.212, Schichtel W., Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten S.38/39, Richardi R., RdA 1965 S.54, Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 427

5) Nipperdey H.C., Festschrift Lehmann S. 257 ff

leistungsunabhängige Faktoren bei der Beurteilung des konkreten individuellen Leistungsergebnisses des AN ausser Betracht fallen liess, nicht mehr begründet werden. Bestimmt hat das Leistungsprinzip als Bewertungsgrundsatz noch seine ursprüngliche Funktion beibehalten. Aber die Festsetzung des Arbeitslohnes als "Aequivalent" 1), d.h. Gegenleistung für die zur Verfügung gestellte Arbeitsleistung des AN allein nach diesem Grundsatz ist aus sozialpolitischen Gründen nicht mehr haltbar. Günstigere einzelarbeitsvertragliche Abreden bedürfen auch dann des Schutzes vor dem Kollektiv, wenn sie einer besonderen sozialen Bedürftigkeit des AN - ohne Rücksicht auf deren Motivation - Rechnung tragen, ja überhaupt immer dann, wenn sie irgendwelche individuelle Umstände des einzelnen Arbeitsverhältnisses betreffen 2). Zweifellos enthalten die meisten GAV heute sehr differenzierte, normativ-wirkende Lohnberechnungssysteme, aber leistungsunabhängige Momente finden sich darin eben selten.

Als Beispiel eines auf modernster wissenschaftlicher Grundlage beruhenden betriebsinternen Lohnsystems - nicht GAV - bedarf dasjenige der Firma Schoeller-Textil AG, Derendingen besonderer Erwähnung. Da liest sich in der Einleitung des Lohnreglementes folgendes:

> "Im Bestreben, eine möglichst gerechte Entlöhnung nach den gestellten Anforderungen des Arbeitsplatzes und nach der Leistung des einzelnen Mitarbeiters zu ermöglichen, werden die Löhne nach den Grundlagen der Arbeitsplatz- und Verhaltensbewertung bestimmt. Die durch den Arbeitsplatz gestellten Anforderungen werden durch die Arbeitsplatzbewertung beurteilt. Die persönliche Leistung und das Verhalten jedes Einzelnen werden hingegen durch die

---

1) Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht S. 169

2) Siebert W., Festschrift Nipperdey S. 127, Stahlhacke in Hueck-Nipperdey, Kommentar, Anm. 190 zu § 4 TVG, Schmidt G., Günstigkeitsprinzip S. 15

Verhaltensbewertung berücksichtigt" 1).

Immerhin, so darf angenommen werden, vermag dieses Beispiel, stellvertretend für eventuelle andere, zu zeigen, dass die reine Form des Leistungsprinzips als Bewertungsmasstab für den Lohn eine wesentliche Verfeinerung erfahren hat; dass infolge solcher Differenzierungen der Lohngestaltungsmethoden das Bedürfnis nach einzelarbeitsvertraglichen Abreden abnehmen wird, wie Schmidt 2) es vermutet, ist durchaus anzunehmen. Aber es ist daran zu erinnern, dass es individuelle Momente geben kann und auch gibt, die auch von einem noch so ausgeklügelten wissenschaftlichen Lohnsystem nicht erfasst werden können und der einzelarbeitsvertraglichen Vereinbarung - auf der Grundlage des Günstigkeitsprinzips - bedürfen.

Im Günstigkeitsgrundsatz hat also einerseits der Leistungsgedanke seinen individualrechtlichen Ausdruck gefunden 3), andererseits werden von diesem Prinzip aber auch andere, leistungsunabhängige Momente erfasst und durch dieses gestattet.

---

1) Für die Arbeitsplatzbewertung (A) bzw. Verhaltensbewertung (B) werden die folgenden Merkmale auseinandergehalten:

A) Schulkenntnisse und Berufsausbildung
Erfahrung
Geistige Fähigkeiten
Geschicklichkeit
Physische Anforderungen
Aufmerksamkeit
Verantwortung für Arbeitsausführung
Verantwortung für Betriebsmittel
Verantwortung für Zusammenarbeit
Arbeitsbedingungen: Unfallgefahr
Arbeitsbedingungen: Umgebungseinflüsse

B) 1. Qualität
2. Zuverlässigkeit
3. Sorgfalt
4. Ordnung und Sauberkeit
5. Einhalten von Vorschriften
6. Selbständigkeit und Initiative
7. Versetzbarkeit
8. Persönliches Verhalten

2) Günstigkeitsprinzip S. 13

3) Maus W., RdA 1958, S. 246

3. Günstigkeitsprinzip und kollektivfreier Raum

3.1 Begriff des Günstigkeitsprinzipes und seine Wirkung auf verschiedene Normen des GAV

3.1.1 Begriff

Das Günstigkeitsprinzip 1) - der Vorbehalt günstigerer Einzelabreden - findet seine positiv-rechtliche Verankerung in Art. 357 Abs. 2 OR und versteht sich als allgemeiner Rechtsgrundsatz, wonach von verschiedenen dasselbe Rechtsverhältnis betreffenden arbeitsrechtlichen Gestaltungsmitteln dasjenige vorgeht, das für einen der am Rechtsverhältnis Beteiligten günstiger ist; daraus ergibt sich, dass eine dem Range nach schwächere Rechtsquelle die Rechtsposition des AN verbessern kann, ohne sich mit der stärkeren Norm in Widerspruch zu setzen 2). Damit das Günstigkeitsprinzip überhaupt zur Anwendung kommen kann, bedarf es also verschiedenrangiger arbeitsrechtlicher Gestaltungsmittel, welche im Bereich des GAV-Rechts der GAV selbst und der Einzelarbeitsvertrag sind 3), wobei letzterer bei günstigerer Regelung, gestützt auf Art. 357 Abs. 2 OR, grundsätzlich vorgeht.

---

1) Der Grundsatz findet sich im übrigen (allerdings unausgesprochen) auch in der Arbeitsgesetzgebung, wo sich beispielsweise die Arbeitszeiten als Höchstarbeitszeiten verstehen, günstigere d.h. kürzere Arbeitszeiten, auf privatrechtlicher Ebene vereinbart, daher immer zugelassen sind, vgl. Canner-Schoop, Arbeitsgesetz (Zürich 1968), Anm. 1 zu Art. 9 Arbeitsgesetz; ebenso im Verhältnis kantonaler Feiertage zu denen des Bundes (Art. 18).

2) Vgl. Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 418; zur Abgrenzung des GAV zu anderen Rechtsquellen vgl. Schweingruber E., Arbeitsrecht S. 78 ff

3) Zum Verhältnis GAV zu einer allfälligen Betriebsordnung vgl. Zanetti B., SJK Nr. 841, Ersatzkarte S. 10, ebenfalls Heither F.H., Kollektives Arbeitsrecht der Schweiz S. 140

Dadurch unterscheidet sich das Günstigkeitsprinzip von dem von Nipperdey entwickelten Ordnungsprinzip 1), welches das Verhältnis zweier gleichrangiger, sich ablösender Rechtsquellen ("Tarifordnungen") zum Gegenstand hat und allein die Normen der neuen Tarifordnung, auch wenn diese gegenüber der alten für den AN ungünstiger sein sollten, gelten lässt.

Das Günstigkeitsprinzip wird somit insofern zum "immanenten Inhalt" 2) eines jeden GAV, als es nicht durch Parteivereinbarung normativ ausgeschlossen werden kann.

Der Zweck des Günstigkeitsprinzips ist ein doppelter. Einerseits soll es - wie wir schon gesehen haben - die individuelle Vertragsfreiheit, die sich als subjektives Recht versteht und die eigene freie Gestaltung der wirtschaftlichen Tätigkeit ermöglichen soll 3), im Rahmen der gesetzlichen und kollektiven Arbeitsbedingungen aufrechterhalten und somit der Normsetzungsbefugnis der GAV-Parteien eine gewisse Beschränkung auferlegen; das Kollektivrecht, welchem naturgemäss eine Tendenz zur ständigen Ausweitung seines Herrschaftsbereichs innewohnt, kennt nämlich keine immanenten Grenzen 4). Denn wie Hueck 5) mit Recht hervor-

---

1) Mindestbedingungen und günstigere Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitsordnungsgesetz, Festschrift Lehmann S. 257 ff, vgl. allerdings kritisch zur Heranziehung des Ordnungsprinzips bei zwei sich ablösenden, gleichrangigen kollektiven Gestaltungsmitteln Isele G., Ordnungsprinzip oder Parteiwille ? JZ 1964 S. 113 ff (117), ebenso Richardi R., RdA 1965 S. 53, Gramm H., AuR 1961 S. 353 ff

2) Reuss W., AuR 1958 S. 326, ebenso Maus W., Kommentar, Anm. 110 zu § 4 TVG, Schichtel W., Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten S. 23

3) Vischer F., BJM 1957 S. 24

4) Vgl. Siebert W., Festschrift Nipperdey S. 124, Kaufmann H., NJW 1966 S. 1683, Hilger M.L., Der Einfluss des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis S. 11

5) Festschrift Molitor S. 205, ebenso Isele G., Ordnungsprinzip oder Parteiwille ? JZ 1964 S. 113

hebt, geht es heute darum, die allgemeinen Schranken zu erkennen, die der kollektiven Beeinflussung des Arbeitsverhältnisses durch die Freiheit individueller Gestaltung gesetzt sind; der Vorrang des Kollektivprinzips findet grundsätzlich dort seine Grenzen, wo ein aktuelles Bedürfnis für die Verbindlichkeit einer gesamtarbeitsvertraglichen Regelung fehlt; der Kollektivwille geht also dem Individualwillen nicht schlechthin immer vor 1). Andererseits verhilft das Günstigkeitsprinzip der Verwirklichung des Leistungsgrundsatzes und trägt durch die Möglichkeit der Gewährung leistungsgerechter Löhne zweifellos zum Erhalt des Arbeitsfriedens bei.

Trotz des im Günstigkeitsprinzip enthaltenen bzw. von diesem erfassten Leistungsgrundsatzes, welcher den Ausschluss einer leistungskonformen übertariflichen Entlöhnung verhindern will, besteht nun keine Verpflichtung des AG, dem AN übertarifliche Arbeitsbedingungen zu gewähren; denn der sozial- und rechtspolitischen Funktion des GAV entsprechend will dieser lediglich eine einheitliche Ordnung einseitig unabdingbarer Mindestarbeitsbedingungen herstellen 2); sein Zweck ist demzufolge mit der Beobachtung und Einhaltung seiner Bestimmungen durch die GAV-Parteien bzw. deren Mitglieder erfüllt. Auch sind die AG-Verbände nicht verpflichtet, auf ihre Mitglieder in dem Sinne einzuwirken, dass diese mit ihren AN übertarifliche Arbeitsbedingungen vereinbaren müssen. Der AN hat nach ganz überwiegender Meinung 3) überhaupt keinen Rechtsanspruch auf

---

1) Vgl. S. 23 dieser Arbeit, dazu Stienen K.H.,Grenzen der Tarifmacht v.a. S. 19 ff, Maus W., RdA 1958 S. 246, Schichtel W., a.a.O. S. 92; nach Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 190 muss am Einzelfall geprüft werden, ob der soziale Schutzzweck des Tarifvertrages Einschränkungen rechtfertigt.

2) Schweingruber E., Arbeitsrecht S. 79, Zanetti B., SJK Nr. 841 Ersatzkarte S. 3, Isele G., JZ 1964 S. 117, Richardi R., RdA 1965 S. 54; a.M. allerdings Schirmer C., a.a.O. S. 39

3) Vgl. dazu Firnhaber U.,Begünstigungsprinzip S.46, Molitor E.,BB 1957 S.86, Hueck-Nipperdey-Stahlhacke,Kommentar,Anm. 177 zu §4 TVG, Bobrowski-Gaul,Arbeitsrecht S.311,Bulius D. Begünstigungsprinzip S.82, Karakatsanis A., Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen S.112

übertarifliche Gestaltung seines Arbeitsverhältnisses, sofern nicht beispielsweise eine übertarifliche Entlöhnung von der Erfüllung ganz bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht wird und diese vom betreffenden AN erfüllt werden; insbesondere begründet aber die Besserstellung einzelner AN keinen solchen Anspruch, sofern eine derartige Behandlung nicht gegen das Gebot der Gleichbehandlung bzw. das Verbot der Willkür verstösst 1).

Diese hier vertretene Meinung widerspricht allerdings der von Rehhahn 2) entwickelten Aequivalenztheorie. Danach ist die dem tariflichen Mindestlohn zugeordnete Leistung auf jeden Fall geringer als die Durchschnittsleistung des AN, weshalb der "leistungsschwächere" AN Anspruch auf den gesamtarbeitsvertraglichen Mindestlohn, der "gute und beste" AN aber einen solchen auf übertarifliche Entlöhnung habe. Für Rehhahn hat das durch das Günstigkeitsprinzip gewährleistete Leistungsprinzip allein schon "anspruchsbegründenden Charakter" 3). Seine Theorie stützt er auf die Akkordbestimmungen in Tarifverträgen. Aus der Tatsache nämlich, dass die sog. Akkordrichtsatzklauseln die Bestimmung enthalten, dass der Akkordarbeiter bei normaler Leistung einen Geldsatz verdienen müsse, der in einem bestimmten Prozentsatz (ca. 15 %) über dem Tariflohn liege, sei durch Umkehrschluss zu folgern, "dass die dem blossen Tariflohn entsprechende Leistungsmenge um den festgesetzten Prozentsatz (also 15 %) unter der Normalleistung liegen muss" 4).

---

1) Ein solcher Verstoss würde vorliegen, wenn beispielsweise die ganze Belegschaft eines Betriebes, ausser einigen wenigen AN, einen übertariflichen Lohn erhalten würde, vgl. auch Richardi R., RdA 1965 S. 54. Zur Frage der Drittwirkung verfassungsmässiger Freiheitsrechte in der Schweiz siehe Huber H., ZSR 74, NF 1955 S. 179 ff (20 Vischer F., BJM 1957 S. 10ff

2) Aequivalenzprinzip und Leistungszulagen, AuR 1956 S. 37 f

3) A.a.O. S. 41

4) A.a.O. S. 39

Ob man - fährt Rehhahn fort- sage, eine Normalleistung von 100 % entspreche dem Tariflohn + ca. 15 % oder der Tariflohn entspreche einer Normalleistung von ca. 85 %, mache keine wesentlichen Unterschied.

Der Meinung Rehhahns kann nicht beigetreten werden. Auszugehen ist von der Zweckbestimmung des Tariflohnes einerseits, von derjenigen des Leistungsprinzips andererseits. Erstere besteht - wie zuvor erwähnt - in der Garantierung (und Durchsetzbarkeit) eines "menschenwürdigen" Lohnminimums; letztere in der Ermöglichung übertariflicher Entlöhnung, damit nicht die gesamtarbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitslöhne zugleich mit normativer Wirkung zu Maximallöhnen oder Fixlöhnen erklärt werden können 1). Das Leistungsprinzip allein bildet aber keine Anspruchsberechtigung zur übertariflichen Entlöhnung. Dazu bedarf es einer anderen Rechtsgrundlage, wonach übertarifliche Leistungen übertariflich entlöhnt werden müssen. Rechtsgrundlage ist möglicherweise der GAV selbst, indem dieser beispielsweise eine nach Dienstalter oder Arbeiterkategorie (Fach-, Berufs-, Hilfsarbeiter) gestaffelte Lohnskala aufweist. Häufiger wird jedoch der Einzelarbeitsvertrag (in etwa auch eine Betriebsordnung) anspruchsbegründend sein. Niemals aber ist es so, wie Rehhahn meint, dass aus dem blossen "Vorhandensein eines Tarifvertrages und dem Vorhandensein einer überdurchschnittlichen Leistung ein klarer Rechtsanspruch auf einen "übertariflichen" Leistungslohn abgeleitet werden könnte " 2).

3.1.2 Wirkung

Wie bereits dargetan 3), unterscheidet man im Bereich des GAV-Rechts zwischen Inhalts- und Abschlussnormen (Art. 356

---

1) Vgl. dazu Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm. 177/178 zu § 4 TVG
2) A.a.O. S. 41
3) Vgl. S. 17 ff, ebenso Gysin A., GR 1958 S.138, Rehbinder Grundriss des schweizerischen Arbeitsrechts S.129/130

Abs. 1 OR), wobei Bestimmungen über die "Beendigung des Arbeitsverhältnisses", da sie den Inhalt bestehender Arbeitsverhältnisse gestalten (wenn auch auf deren Beendigung bezogen sind), zu den Inhaltsnormen gezählt werden.

Inhaltsnormen sind Bestimmungen, die ihrer Art nach den zulässigen Inhalt von GAV bilden können, sofern sie auch nach dem Willen der Sozialpartner hierzu bestimmt sind 1). Dabei ist zwischen positiven und negativen 2) Inhaltsnormen zu unterscheiden, je nachdem, ob diese tatsächlich (positiv) den Inhalt der Arbeitsverhältnisse gestalten oder (negativ) deren inhaltliche Beschränkung darstellen.

Abschlussnormen hingegen sind Bestimmungen, die sich nicht mit der inhaltlichen Gestaltung der Arbeitsverhältnisse befassen, sondern deren Abschluss betreffen. Dazu gehören zunächst konstitutive Formvorschriften, deren normative Wirkung sich darin äussert, dass eine mündliche Abrede die Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes (Arbeitsvertrages) zur Folge hat (Art. 11 Abs. 2 OR) 3); weiter sind zu erwähnen Abschluss- oder Einstellungsgebote (z.B. Pflicht zur Anstellung einer bestimmten Anzahl älterer AN) und endlich noch Abschluss- oder Einstellungsverbote (beispielsweise Kontrahierungsverbot mit jugendlichen oder weiblichen Arbeitskräften), welche entweder den Schutz des einzelnen, arbeitsuchenden AN bezwecken oder der Gesamtheit der bereits im Betrieb Tätigen zugute kommen sollen 4).

---

1) Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht S.73, Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S.189; nach Maus W., Kommentar, Anm.61 zu § 1 TVG kommt es nicht darauf an, dass diese Normen nach dem Willen der Tarifvertragsparteien dazu bestimmt sind, den Inhalt der Einzelarbeitsverhältnisse zu bilden; dieser Ansicht kann allerdings nicht beigetreten werden.

2) Diese haben insbesondere durch Bötticher E., RdA 1968 S.41 ff wieder eine erhöhte Aufmerksamkeit erfahren.

3) Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 28 zu Art. 11 OR, Rehbinder M., a.a.O.S.130 spricht in diesem Zusammenhang von einer "Warnfunktion" der Formvorschriften

4) Buchner H. qualifiziert allerdings nur solche Bestimmungen als Einstellungsgebote, die dem einzelnen AN einen "Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrages gegen einen bestimmten AG" geben, vgl. seinen Aufsatz in BB 1966, S. 208 ff, derselbe schon: Tarifvertragsgesetz und Koalitionsfreiheit, Diss. München 1964 S.5-7

Die Wirkung des Günstigkeitsprinzips gegenüber diesen verschiedenen Normen nun ist keineswegs einheitlich. Unproblematisch lässt sich das Verhältnis der positiven Inhaltsnormen zum Begünstigungsgrundsatz qualifizieren, da sich eine Vereinbarung günstigerer Abmachungen in der Tat auch verwirklichen lässt; denn ein AN, der beispielsweise 20 % über dem gesamtarbeitsvertraglich festgelegten Mindestlohnansatz verdient, ist tatsächlich - verglichen mit dem GAV-Lohn - besser gestellt 1). Schwieriger verhält es sich aber bei den negativen Inhaltsnormen, insbesondere bei Akkordlohnverboten; soll etwa diese Verbotsnorm (sie könnte allerdings auch positiv umschrieben werden, indem ein Zeitlohn befohlen würde, weshalb auf den Zweck der Bestimmung und nicht auf deren positive oder negative Formulierung abzustellen ist 2), deshalb umgangen werden können, weil ein AN nun gerade bei Akkordlohn seine persönlichen Fähigkeiten am besten und wirkungsvollsten zum Ausdruck bringen kann und somit eine solche Bestimmung notgedrungen diesem AN gegenüber eine Verletzung des Leistungsprinzips darstellen würde ? Sicher nicht! Wlotzke 3) allerdings hält dies für zulässig, ohne sich offenbar der Gefahr seiner nicht unbedenklich erscheinenden Ansicht bewusst zu sein, nämlich eines Ausspielens des Leistungsgrundsatzes gegenüber dem AN-Schutzgedanken 4). Zugegeben, für den fraglichen AN persönlich könnte die Akkordlohnbeschäftigung eine Begünstigung

---

1) Die überwiegende Lehrmeinung anerkennt denn auch nur gegenüber positiven Inhaltsnormen die Möglichkeit einer objektiven Besserstellung, vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm. 173 zu § 4 TVG, Firnhaber U., Begünstigungsprinzip S. 33, Maus W., Kommentar, Anm. 112 zu § 4 TVG, Stienen K.H., Grenzen der Tarifmacht S.20 Anm. 1

2) Richtig daher Schichtel W., Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten S.21, der den Günstigkeitsgrundsatz auch auf die negativen Inhaltsnormen ausdehnen lässt, sofern es sich nicht um "Normen zum Schutz der AN" handle; a.A. LAG Düsseldorf/Köln, BB 1966 S.1063

3) Günstigkeitsprinzip S. 27/28

4) Vgl. auch Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 424

darstellen und das Leistungsprinzip soll auch grundsätzlich eine der Leistung des einzelnen AN entsprechende Vergütung ermöglichen, indem es u.a. "seinem Wesen nach auf die individuelle Fähigkeit und Tätigkeit des einzelnen Beschäftigten" abstellt 1). Wo aber aus Gründen arbeitsschutzrechtlicher Natur vom Gesetzgeber oder von den Tarifparteien unabänderliche Arbeitsbedingungen aufgestellt werden (insbesondere Entlöhnungsformen), darf es keine Abweichungen im Sinne einer "individuellen Vergünstigung" geben, soll der damit verbundene kollektiv verstandene Schutzzweck, welcher Art er auch immer sein mag, nicht vereitelt werden; hier muss das Günstigkeitsprinzip den AN-Schutzbestimmungen weichen 2).

Gegenüber Abschlussnormen endlich lässt sich die Frage nach der Günstigkeit überhaupt nicht stellen; denn wie schon andersweitig 3) zutreffend festgestellt wurde, entfaltet das Günstigkeitsprinzip seine rechtliche Wirksamkeit erst nach Abschluss eines Arbeitsvertrages und dessen inhaltlicher Ausgestaltung, setzt also seinem Begriff nach einen schon bestehenden Arbeitsvertrag voraus. Étwas zu "spürnäsig" erscheint daher in diesem Zusammenhang die Ansicht Nikischs 4), welcher lediglich konstitutiven Formvorschriften und Abschlussverboten gegenüber die Wirkungslosigkeit des Günstigkeitsprinzips eingesteht, gegenüber Abschlussgeboten aber eine Günstigkeit zulassen will, die "einer unbestimmten Zahl von AN von im Tarifvertrag genannter Art" zukommt. Wenn auch vorstellbar ist, dass ein AG, der auf Grund einer Abschlussnorm verpflichtet ist, x ältere AN einzustellen, aber deren x + 20 anstellt, so kommt jedenfalls eine solche "Vergünstigung" nie dem einzelnen schon beschäftigten AN zu

---

1) Nipperdey H.C., Festschrift Lehmann S. 269

2) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S.60; ebenso Schichtel W., Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten S. 21

3) Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S. 28

4) Arbeitsrecht II S. 424

und es wäre deshalb verfehlt, diese Wirkung als Ausfluss des Günstigkeitsprinzips anzusehen. Das Günstigkeitsprinzip steht demzufolge Abschlussnormen - um ein Wort Wlotzkes zu gebrauchen 1) - indifferent gegenüber.

3.2 Begründung, Aufrechterhaltung und Aufhebung günstigerer Vereinbarungen

3.2.1 Der Einzelarbeitsvertrag als Rechtsgrundlage

Art. 357 Abs. 2 OR bildet die Rechtsgrundlage für die einzelarbeitsvertragliche Gestattung abweichender, günstigerer Abreden von GAV. Die Bestimmung begründet - wie dargelegt 2) - keinen privatrechtlichen Anspruch des AN gegenüber dem AG auf Vereinbarung übertariflicher Arbeitsbedingungen, sondern es ist nach wie vor den Parteien des Einzelarbeitsvertrages überlassen, im Rahmen ihrer individuellen vertraglichen Gestaltungsfreiheit von den Bestimmungen des GAV abzuweichen.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang u.a., ob die Parteien des GAV die Vereinbarung begünstigender Abreden an bestimmte Voraussetzungen binden können, dergestalt, dass sie beispielsweise die Beobachtung der Schriftform als Gültigkeitserfordernis für den Einzelarbeitsvertrag vorschreiben. Das ist zu verneinen. Gemäss Art. 320 Abs. 1 OR bedarf der Einzelarbeitsvertrag keiner besonderen Form, wiewohl eine solche nach Art. 16 OR durch die Vertragsparteien vorbehalten werden könnte. Diese Befugnis würde aber keinesfalls den GAV-Parteien zustehen, da sich dieses Rechtsverhältnis auf einer anderen Ebene abwickelt, sondern nur den direkt durch den Einzelarbeitsvertrag Verpflichteten bzw. Berechtigten, d.h. dem einzelnen AN und AG. Somit entzieht sich die Vereinbarung günstigerer Arbeitsbedingungen dem Einflussbereich der Sozialpartner, die auf deren inhaltliche Gestaltung keine normative Einwirkungsmöglichkeit haben; denn der übertarifliche Raum, die sog. kollektivfreie Sphäre, ist den

---

1) A.a.O. S. 28

2) Vgl. dazu S. 41

Parteien des Einzelarbeitsvertrages vorbehalten 1). Demzufolge können also Abreden, die zugunsten des AN vom GAV abweichen, sowohl ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) als auch stillschweigend, durch schlüssiges d.h. konkludentes Handeln 2) vereinbart werden. Letzteres wäre beispielsweise der Fall, wenn ein AG regelmässig und vorbehaltlos dem AN einen übertariflichen Lohn während einer längeren Zeitspanne ausrichten würde. Trotz der grundsätzlichen Freiwilligkeit der Vereinbarung übertariflicher Entlöhnung würde in einem solchen Fall ein privatrechtlicher Anspruch des AN gegenüber dem AG auf den effektiv bezahlten Lohn entstehen; dieser (AG) könnte sich allerdings dieser Verpflichtung dadurch entziehen, indem er bei jeder Lohnzahlung auf die Freiwilligkeit des den GAV-Lohn übersteigenden Betrages hinweisen würde 3).

Wenn sich schon aus Art. 357 Abs. 2 OR keine Verpflichtung des AG zur Vereinbarung übertariflicher Arbeitsbedingungen ableiten lässt, stellt sich daher die zusätzliche Frage, ob sich vielleicht durch gewerkschaftliche Kampfmassnahmen die arbeitsvertragliche Erhöhung der GAV-Löhne erreichen lässt oder bewirkt werden kann, dass bereits bezahlte übertarifliche Löhne dadurch eine weitere Erhöhung erfahren. Als Kampfmassnahme 4) sei z.B. ein Streik erwähnt, worunter

---

1) In diesem Sinn unzulässig Art. 3 Abs. 1 des Kollektivvertrages zwischen dem Schweizerischen Zeitungsverleger-Verband und dem Verein der Schweizer Presse in der Fassung vom 7.7.1972:"Die Bestimmungen ... gelten im Einzelfall als Vertragswille, sofern nicht s c h r i f t l i c h e Abweichungen zugunsten der Aktivmitglieder ... vereinbart werden".

2) Sog. qualifizierte Willensbetätigung, vgl. Schönenberger-Jäggi, OR Noten 131/146 zu Art. 1 OR

3) Vgl. analog zum Gratifikationsanspruch Schweingruber E., Kommentar Dienstvertrag S. 49, ebenso Streiff U., Grundriss des schweiz. Arbeitsvertragsrechts S. 49

4) Was im einzelnen unter "Kampfmassnahmen" zu verstehen ist, ergibt sich aus dem GAV selbst; dabei gilt aber schon die absichtliche Mobilisierung der öffentlichen Meinung wegen ihrer schädlichen Wirkung als Kampfmassnahme, siehe Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S. 71

die "gemeinsame und planmässige Einstellung der Arbeit durch eine Mehrheit von AN mit dem Willen, nach Beendigung des Kampfes die Arbeit wieder aufzunehmen", verstanden wird 1). Es würde in der Tat eine Verletzung der gesetzlich verankerten Friedenspflicht (Art. 357a Abs. 2 OR) bedeuten, wenn während der Geltungsdauer eines GAV der oben erwähnten Gründe wegen die Mitglieder einer Gewerkschaft mit Unterstützung und Mitwirkung des Verbandes einen Arbeitskampf führen würden 2); denn die Friedenspflicht als wesensverbundener Bestandteil eines jeden GAV verpflichtet deren Abschlussparteien, die im Vertrag enthaltenen Arbeitsbedingungen getreu zu befolgen und nicht zum Gegenstand arbeitskämpferischer Massnahmen zu machen, um deren Aenderung oder vorzeitige Auflösung während der Vertragsdauer herbeizuführen; wohl nicht zu Unrecht sind hier dem "freien Spiel der Kräfte" 3) vom Gesetzgeber gewisse Grenzen gesetzt worden, wobei sich allerdings mangels einer ausdrücklich vereinbarten weitergehenden Abmachung die Friedenspflicht nur auf die im GAV geregelten Gegenstände beschränkt, Art. 357 a Abs. 2 OR.

Aber auch noch eine andere schuldrechtliche Verpflichtung der GAV-Parteien, die übrigens für die Durchsetzung eines GAV von "entscheidender Bedeutung" 4) ist, würde durch solche Kampfmassnahmen missachtet. Es handelt sich um die in Art. 357 a Abs. 1 OR geregelte Einwirkungspflicht, die von

---

1) Nikisch A., Arbeitsrecht 1951 (1.Aufl.) S.272; zu den verschiedenen Begriffsbestimmungen des Streiks, deren gegenseitigen Abgrenzung, Streikformen usw. vgl. Hueck A., Grenzen des rechtmässigen Streiks in Festschrift Herschel S. 27 ff; allg. zum Streikrecht in der Schweiz etwa Berenstein A., Le droit de grève dans la législation suisse, WuR 1951 S. 34 ff

2) Darüber besteht in der Literatur Einigkeit, vgl. Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S. 72/73, Heither H.F., Kollektives Arbeitsrecht der Schweiz S.106, Dietz R., Festschrift Herschel, S.52 ff, Sitzler F., Festschrift Molitor S. 286, Karakatsanis A., Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen S.117

3) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S. 70

4) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S. 66

den GAV-Parteien bzw. deren Verbände verlangt, alles in ihren Kräften Stehende zu tun, um auf ihre Mitglieder, nötigenfalls mit den statutarischen und gesetzlichen Mitteln, einzuwirken, damit diese alles unternehmen, was zum konkreten Vertragszweck bzw. Verhandlungsziel hinführt, dass sie aber auch alles unterlassen, was geeignet ist, den konkreten Vertragszweck zu vereiteln. Auch für den Fall, dass der Verband solche Kampfmassnahmen bloss dulden würde 1) wäre er seiner Einwirkungspflichtung im Sinne der oben zitierten Bestimmung nicht nachgekommen und müsste zu Rechenschaft gezogen werden.

3.2.2 Aufrechterhaltung günstigerer Einzelabreden beim erstmaligen Inkrafttreten eines GAV und bei Ersetzung eines alten durch einen neuen GAV

Aus Art. 357 Abs. 2 letzter Halbsatz OR ergibt sich, dass von den unabdingbaren Bestimmungen des GAV abgewichen werden kann, sofern die "abweichenden Abreden zugunsten der AN" vereinbart werden. Es frägt sich hier, ob nur solche günstigere Einzelabreden zulässig sind, die n a c h Inkrafttreten eines GAV (sei dieser nun der erste im betreffenden Wirtschaftsbereich oder handle es sich um die Ablösung eines früheren) getroffen werden oder ob auch vortarifliche bzw. unter der Geltung eines früheren GAV vereinbarte günstigere Regelungen ihre Wirksamkeit beibehalten.

Dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung lässt sich - auch bei einer extensiven Auslegung - kein solcher einschränkender Sinngehalt entnehmen. Nach dem Zweck gefragt, wäre eine diesbezügliche Beschränkung weder einzusehen noch zu motivieren. Denn das Günstigkeitsprinzip, abgesehen davon,

---

1) Im Gegensatz zum Streikausruf des Verbandes selbst.

dass es die individuelle Vertragsfreiheit im Rahmen der gesetzlichen und kollektiven Mindestbedingungen aufrechterhält und somit den tarifgebundenen AN und AG einen selbständigen Bereich eigenverantwortlicher Gestaltung belässt 1), bildet das notwendige Korrelat zum Ordnungsprinzip im Sinne einer wirkungsvollen Einschränkung und Abgrenzung des gegenseitigen Wirkungsbereiches, indem es nur im Verhältnis zwischen zwei rang v e r s c h i e d e n e n arbeitsrechtlichen Gestaltungsmitteln seine Wirkung entfaltet, das Ordnungsprinzip hingegen das Verhältnis g l e i c h rangiger kollektiver Regelungen von Arbeitsverhältnissen betrifft. Ergibt sich also weder aus dem Wortlaut noch aus der Zweckbestimmung des Art. 357 Abs. 2 OR die Berechtigung zu einer einschränkenden Auslegung des geltungszeitlichen Wirkungsbereiches des Begünstigungsprinzipes, folgt daraus, dass einzelvertraglich vereinbarte, günstigere Arbeitsbedingungen - ohne anderslautende ausdrückliche oder stillschweigende Abmachung - gegenüber jedem später 2) abgeschlossenen GAV Bestand haben. Eine Lösung etwa in dem Sinne, dass bei Ablösung eines alten durch einen neuen GAV auch die einzelvertraglichen günstigeren Abmachungen von der "Verdrängungswirkung" der gesamtarbeitsvertraglichen Ordnungsfunktion erfasst würden, hiesse zweifellos den Bogen des Anwendungsbereiches des Ordnungsprinzips überspannen und damit den kollektivfreien Einzelrechtskreis der Arbeitsvertragsparteien, der nebst der Entfaltung des Leistungsgedankens auch der Berücksichtigung anderer individueller (leistungsunabhängiger) Umstände des einzelnen AN dient, in unzulässiger Weise beeinträchtigen 3). Nur im vorerwähn-

---

1) Vgl. Siebert W., Festschrift Nipperdey 1955, S.124

2) So schon Urteil Gewerbegericht Bern vom 30.8.1954 in ARV 3, 1955 Nr.26. Die Zulässigkeit einzelvertraglich vereinbarter Verbesserungen bei einem schon bestehenden GAV stand nie zur Diskussion.

3) Vgl.analog zur materiell gleichlautenden Regelung des § 4 Abs.3 TVG die deutsche Lehrmeinung:Maus W., Kommentar, Anm. 190 zu § 4 TVG, Nipperdey H.C., Festschrift Lehmann S.258, Neumann-Duesberg, JZ 1960 S.526, Gramm H., AuR 1961 S.355, Isele G., JZ 1964 S.117, Firnhaber U., Günstigkeitsprinzip S.48, Schichtel W., Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten S. 40 usw.; allerdings abweichend Schmidt G., RdA 1950 S.337

ten Fall, nämlich bei Ablösung zweier Rechtsordnungen gleichen Ranges (hier also zweier GAV), rechtfertigt sich aus "ordnungstechnischen" Gründen ein vollständiges Verdrängen der alten durch die neue Regelung, wobei, was immer wieder betont werden muss, dem GAV nur insoweit eine Ordnungsfunktion zukommt, als seine Regelung für die Gestaltung von Arbeitsverhältnissen zwingenden Charakter hat. Eine solche Wirkung mit Verdrängungseffekt ist Voraussetzung dafür, dass ein immerwährendes Anpassen der GAV an die sich verändernden Bedingungen und Verhältnisse des täglichen Arbeitslebens überhaupt möglich ist und ergibt sich aus dem gewollt zeitlich befristeten Charakter solcher gesamtarbeitsvertraglich geregelter Vereinbarungen. Diese sind denn auch, da sie eine materielle Ordnung von Arbeitsbedingungen im Rahmen des zwingenden Gesetzesrecht darstellen 1), hinsichtlich Wirkung dem Gesetzesrecht gleichzustellen 2).

3.2.3 Erhöhung des GAV-Lohnes - "Aufstockung" oder "Aufsaugung" vorher einzelvertraglich gewährter Zulagen

Wir haben gesehen, dass günstigere Einzelabreden, unabhängig davon, ob sie v o r oder n a c h Inkrafttreten einer Kollektivvereinbarung abgeschlossen werden, den Vorrang vor jeder künftighin zu vereinbarenden kollektiven Norm haben, sofern sie eine bessere Regelung darstellen und zudem nicht etwa eine anderslautende arbeitsvertragliche Abmachung dem gegenüber steht. Gemeint war damit, dass letzten Endes allein der übereinstimmende Wille der Arbeitsvertragsparteien entscheidet, ob die einzelvertragliche Vereinbarung durch einen weniger vorteilhaften GAV abgeändert bzw. von diesem sogar verdrängt werden kann 3).

---

1) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S. 25

2) Damit ist über das Verhältnis verschiedenrangiger Rechtsquellen zueinander nichts gesagt. Im übrigen beruht das Ordnungsprinzip auf dem allgemein gültigen Rechtsgrundsatz "lex posterior derogat legi priori", wonach neue Normen ohne weiteres an die Stelle der alten treten.

3) Für den Fall, dass die Tarifvertragsparteien selbst Bestimmungen getroffen haben, vgl. folgend S. 62

Zwei Möglichkeiten sind dabei zu unterscheiden, die einzig und ausschliesslich nach dem individuell gestalteten Arbeitsvertrag beurteilt werden 1). Einmal ist es möglich, dass der bisher bezahlte übertarifliche Lohn trotz der Tarifgrundlohnerhöhung auf der bisherigen Höhe gehalten werden soll, die ursprüngliche Differenz zwischen Grundlohn und Effektivlohn also nur den Zuwachsbetrag des neuen GAV-Ansatzes verringert wird (sog. Aufsaugung). Denkbar ist aber auch eine Trennung von Tariflohn (altem) und übertariflichem Lohn, die sich daraus ergebende Differenz auf den neuen Tarifansatz zu schlagen bzw., was dem im Ergebnis gleichkommt, den bisher bezahlten Effektivlohn verhältnis- oder betragsmässug um die Tarifsatzerhöhung zu vergrössern (sog. Aufstockung). Unter diesem Gesichtspunkt ist im folgenden die Frage nach dem "Schicksal" übertariflicher Lohnsätze bzw. Zuschläge bei gesamtarbeitsvertraglichen Lohnerhöhungen zu beantworten, wobei die von Literatur und Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätze 2) herangezogen werden sollen. Selbstverständlich stellt sich dieses Problem nur, wenn die Parteien des Einzelarbeitsvertrages keine Bestimmungen über das Schicksal übertariflicher Zulagen bei GAV-Lohnerhöhungen getroffen haben; dann nämlich bedarf es einer ergänzenden Vertragsauslegung, die im übrigen nur im Rahmen des Vertrages zulässig ist, nicht zur Umänderung des Vertrages führen darf und, unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben, nur nach den aus dem Vertrag sich ergebenden Richtlinien vorzunehmen ist 3). Nur dieser Fall ist Gegenstand der folgenden Erörterungen.

---

1) Vgl. analog zum deutschen TVG Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm.221 zu § 4 TVG, Monjau H., DB 1965 S.1251, Wlotzke O., AuR 1961 S.70, Nikisch A.,Arbeitsrecht II S.445/448, Schichtel W., Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten S.47/48, Richardi R., RdA 1965 S.55, Frey E., RdA 1960 S.291, Urteil BAG vom 6.3.1958 in DB 1958 S.547

2) Gemeint sind damit vornehmlich deutsche Quellen, vgl. insbesondere die zwei entscheidenden Urteile des BAG, besprochen in DB 1964 S.266 und DB 1965 S.399 sowie den Aufsatz von Monjau H., Zulagen bei Tariflohnerhöhungen, DB 1965 S.1249 ff

3) Denecke-Oegg, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 1.Bd., Berlin 1953, Anm.1 zu § 157 BGB

Da die übertarifliche Bezahlung meistens in Form einer Zulage zum GAV-Lohn vereinbart wird, sollen hier kurz die am häufigsten vorkommenden Arten von Zulagevereinbarungen 1) in ihrer Grundform mit Zweckbestimmung dargestellt werden, wie denn überhaupt - bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung durch die Arbeitsvertragsparteien - der Z w e c k solcher Zuwendungen für die Entscheidung der Frage, ob Zuschläge bei Tariflohnerhöhung aufgesogen oder aufgestockt werden, als wichtigstes Auslegungskriterium für den Einzelarbeitsvertrag herangezogen wird. Dabei ist jedoch, vor allem hinsichtlich der Ablösung eines alten durch einen neuen GAV immer noch abzuklären, ob solche Zuschläge überhaupt auf einzelarbeitsvertraglicher Grundlage beruhen; denn nur insoweit sind sie übertarifliche Löhne. Andernfalls (GAV als anspruchsbegründend) gehen nämlich solche Zulageansprüche als Bestandteil der Mindestarbeitsbedingungen mit Inkrafttreten des neuen GAV unter und der einzelne AN verliert seine kollektive Anspruchsgrundlage 2).

Da sich Zulage inhaltlich und dem Zweck entsprechend sehr voneinander unterscheiden, ein vollständiges Aufzählen aller möglichen Absprachen mit Zulagecharakter aber infolge zu vieler Einzelheiten geradezu unübersichtlich würde, beschränken wir uns auf die Grundformen bzw. Oberbegriffe solcher Zulagearten, welche sich folgendermasseneinteilen lassen:

- Z e i t zuschläge; sie entschädigen eine überdurchschnittlich lange oder besonders ungünstig liegende Arbeitszeit, wie beispielsweise Nacht-, Sonntag-, Ueberstundenarbeit usw.

---

1) Vgl. zum folgenden Knitter U., Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge S.52 ff, Monjau H., DB 1965 S. 1249

2) Abgesehen wird hier von Zulagen, die auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung zu gewähren sind.

- E r s c h w e r n i s zuschläge; sie werden für nicht durch den Grundlohn abgegoltene Kraftanstrengungen oder gesundheitliche Nachteile einer Arbeit vereinbart, wie Hitze-, Staub-, Wasser- und Erschütterungszulagen.
- R i s i k o zulagen; für gesundheitsgefährdende oder mit finanzieller Einbusse verbundene Arbeit, z.B. Beschäftigung mit gesundheitsschädigenden Stoffen, wie Säuren oder Zulagen für Verluste bei häufigem Geldwechsel (Tramschaffner).
- L ä s t i g k e i t s zulagen für besonders unangenehme Arbeit, beispielsweise unter Gerucheinwirkung.
- V e r t r a u e n s zulagen für besonders verantwortungsvolle Posten, wie Kassierer.
- A l t e r s - und D i e n s t zulagen, da Alter und Betriebszugehörigkeit eine grössere Berufserfahrung und damit eine höhere Leistung vermuten lassen; daneben können allerdings solche Zulagen noch aus anderen Gründen gegeben werden.
- O r t zulagen, die einen Ausgleich für die verschieden hohen Lebenshaltungskosten in verschiedenen Gebieten (Stadt/Land)herbeiführen sollen.
- T e u e r u n g s zulagen mit dem Zweck, den Lohn der AN an die steigenden Preise anzugleichen, um so den Reallohn auf der gleichen Höhe zu halten.

Auch wenn diese Aufzählung mehr summarischen Charakter hat und damit die Gefahr in sich birgt, die jeder vereinfachenden Zusammenstellung anhaftet, nämlich diejenige der Mangelhaftigkeit, lassen sich doch gewisse Gemeinsamkeiten auffinden, die - infolge einer Beschränkung der zu beurteilenden Gesichtspunkte - eine Zusammenfassung in Gruppen erlauben. Zu nennen wäre zunächst einmal diejenige Gruppe, welche sich dadurch auszeichnet, dass sie die Leistung des einzelnen AN (auch einer Gruppe) besonders honorieren will; solche Zulagen fallen unter den Begriff der L e i s t u n g s zu-

lagen 1). Weiter kommen hinzu sog. S o z i a l zulagen, welche der besonderen sozialen Bedürftigkeit des einzelnen AN oder einer(ganzen) Gruppe davon Rechnung tragen wollen. Schliesslich ist noch als dritte Gruppe von Zulagen zu erwähnen, die allgemein dem Ausgleich der Lebenshaltungskosten dienen soll und damit unter den wirtschaftspolitischen Begriff der T e u e r u n g s zulagen fällt 2). Wohl dürfte es schwierig sein, eine Zulage ein für alle Mal einer bestimmten Gruppe zuzuordnen, deren grundsätzlich festgelegtes Schicksal sie dann teilt; darin kann man Knitter 3) nicht widersprechen. Denn es ist zweifellos denkbar, dass beispielsweise eine Zulage in zwei verschiedenen Gruppen auftaucht, weil sie auch aus anderen als Leistungsgründen gewährt wird. Trotzdem ist eine Zusammenfassung vorgenannter Art nicht, wie vielleicht auf den ersten Blick erscheinen mag, akademischer Natur. Denn einmal ergibt sich dadurch, im Sinne einer Kanalisierung von Anspruchsarten, eine gewisse Systematik nach der Bezeichnung, wobei etwa die eventuelle anfängliche "Fehleinstufung" einer Zulage jederzeit wieder korrigiert werden kann; korrigiert nämlich mit der Frage nach der Zweckbestimmung solcher einzelvertraglicher Zuschläge, womit nach dem mutmasslichen Willen der Einzelarbeitsvertragsparteien gefragt werden soll und eine notwendige Berichtigung erfolgen kann. Insbesondere soll aber auch durch diese Fragestellung erreicht werden, dass im Falle einer ausdrücklichen, irrtümlicherweise aber unrichtigen Benennung einer Zulage beispielsweise als Leistungszulage dieselbe bei Tariflohnerhöhung so behandelt wird, wie es die Parteien des Einzelvertrages gemeint und gewollt haben; jede andere Auslegung wäre ein Beispiel sinnloser Be-

---

1) Zur Beurteilung der Frage, wann eine echte Leistungszulage vorliegt, vgl. nachstehende Ausführungen.

2) Diese Einteilung ist allerdings nicht einheitlich; z.B. Knitter U., a.a.O. S.58 lehnt sie wegen "Fehlens einer inneren Zwangsläufigkeit" ab. Oft wird aber auch nur zwischen Leistungs- und Sozialzulagen unterschieden, vgl. etwa Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S.53, Monjau H., DB 1965 S.1251, Schmidt O., Die Verflechtung kollektiven und individuellen Arbeitsrechts S. 54/55

3) A.a.O., S.58; als Beispiel führt er die Alters- und Dienstzeitzulagen auf.

griffsjurisprudenz, welche der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) verbietet und ein klarer Verstoss gegen das Prinzip der Berücksichtigung des wirklichen empirischen Parteiwillens, Art. 18 OR, 1).

Die Zusammenfassung vorgenannter Zulagearten in drei Kategorien lässt allerdings hinsichtlich der Frage, welche von diesen bei einer Tariflohnerhöhung aufgesogen bzw. aufgestockt wird, keine einheitliche Beantwortung zu. Das liegt einmal daran, dass diese Einteilung keine Ausschliesslichkeit für sich beanspruchen kann, zum anderen aber auch an dem Umstand, dass gewisse Autoren nur die eigentlich qualifizierten Leistungszulagen bei Tariflohnerhöhungen aufgestockt wollen wissen, andere wiederum jedwelche Zulagen mit individuellem Charakter dazuzählen 2). Immerhin besteht weitgehend Uebereinstimmung was die sog. Teuerungszulagen betrifft 3). Da es sich dabei um "Massnahmen" handelt, die - z.B. infolge eines als unzureichend angesehenen Tariflohnniveaus - den allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung tragen wollen, zudem allen oder einem grossen Teil der AN des Betriebes ohne Rücksicht auf die individuell erbrachten Leistungen gewährt werden, wird, da es sich nach Meinung der Parteien des Arbeitsvertrages um vorweggenommene Tariflohnerhöhungen handeln soll, angenommen, dass der übertarifliche Lohn zwar nicht vollkommen wegfallen, aber auf den neuen Tariflohn angerechnet werden soll, sodass in diesem Fall nur noch die den neuen Tariflohn überragende Differenz zum bereits einzelvertraglich vereinbarten Lohn zu zahlen ist; und dies deshalb, weil ja nach Auffassung der Einzelarbeitsvertragsparteien nur der bisherige effektive Lohn (Tariflohn und vertragliche Zulage) als ausreichendes Entgelt angesehen wurde 4). Diese Ueberlegungen rechtfertigen

---

1) Vgl. Merz H., im Berner Kommentar, Einleitungsband Nr.121 zu Art. 2 ZGB

2) Näheres statt vieler Knitter U., Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge S. 56 ff

3) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S.421, Nikisch A., Arbeitsrecht II S.446, Schichtel W., Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten S.48, Wlotzke O., AuR 1961 S.70/71, Urteil des LAG München vom 20.2.1952 in RdA 1952 S.280

4) Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S.55

eine Aufsaugung, da die "auflösende Bedingung der Zulage" 1), die sich im übrigen immer aus der jeweiligen Zweckgebundenheit ergibt und im vorliegenden Fall im vorzeitigen Ausgleich zu den stetig steigenden Lebenshaltungskosten besteht, mit der Tariflohnerhöhung (betragsmässig allerdings nur zum Teil) eingetreten ist 2).

Nicht ganz so einfach ist es nun um die sog. Leistungszulagen bestellt, welche grundsätzlich für eine überdurchschnittliche individuelle Leistung des AN gewährt werden. Denn es ist mit Butz 3) davon auszugehen, dass nicht jede übertarifliche Bezahlung den Charakter einer individuellen Zulage im Sinne einer echten Leistungszulage enthält. Die Abklärung der Frage, ob tatsächlich eine echte Leistungszulage vorliegt oder nicht, ist daher von besonderer Wichtigkeit, weil nur bei dieser - auch im Zweifelsfalle übrigens - alles dafür spricht, dass die Zulage zum j e w e i l i g e n Tariflohn dazutreten soll; das ergibt sich u.a. daraus, dass mittels einer Tariflohnerhöhung im allgemeinen nur die Anpassung der Tariflöhne an die veränderten wirtschaftlichen Bedürfnisse bezweckt wird und nicht eine Angleichung an die individuelle Leistung des AN 4). Dies ist der Regelungsbefugnis der Einzelarbeitsvertragsparteien vorbehalten, wie sich denn auch die Differenz zwischen Effektiv- und Tariflohn im Regelfall aus Gründen, die in der Person des betreffenden AN (also nicht der Allgemeinheit) liegen, ergibt. Die Rechtssprechung verlangt denn auch ausdrücklich "sichere Anhaltspunkte" für die Annahme solcher Zulagen 5). Nicht immer dürfte dies mittels

---

1) Knitter U., a.a.O. S. 61

2) Courth P., Günstigkeitsprinzip S.42 spricht für den Fall, dass sich der individualrechtliche Zulagenzweck mit dem Ziel einer nachfolgenden Tariflohnerhöhung deckt, von "Zweckkonkurrenz".

3) DB 1958 S.429, ebenso Maus W., Kommentar, Anm.124 zu § 4 TVG

4) Vgl. Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S.56

5) Urteil LAG Hamm vom 29.3.1957 in: DB 1957 S.635, vgl. auch Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 446

"sicherer" Anhaltspunkte zu beweisen ein leichtes sein; immerhin aber gibt es bestimmte "Symptome", auf Grund derer man einen Schluss auf den Charakter einer Zulage ziehen kann. Gegen das Vorliegen echter Leistungszulagen spricht beispielsweise einmal die Tatsache, dass diese mit allen AN, ohne jeglichen Bezug auf das individuelle Arbeitsergebnis, vereinbart werden; weiter wenn solche Zulagen aus sozialen bzw. wirtschaftlichen Erwägungen heraus vereinbart werden, sofern dies zweifelsfrei festgestellt werden kann, wie z.B. bei Dienstalterszulagen. Ebenfalls wird die Vereinbarung eines übertariflichen Gesamtbetrages (Mindestlohn entsprechend der Kollektivvereinbarung und einzelarbeitsvertraglich vereinbarter "Drauflohn" in einem Fixum zusammengerechnet) sowie die Festlegung des übertariflichen Lohnes in Prozenten als Indiz gegen das Vorliegen von Leistungszulagen zu werten sein 1).

Beweispflichtig für das Vorhandensein einer Leistungszulage ist derjenige,der sie behauptet und aus ihr Rechte ableiten will (Art. 8 ZGB), in aller Regel also der AN. Es bedarf einer genauen Erforschung und eindeutigen Abklärung der Beweggründe zu einer übertariflichen Entlöhnung. Vorgenannte Indizien stellen bezüglich des Beweises nur Notbehelfe dar und dienen lediglich der Vertragsauslegung durch Rückschluss; ein eindeutig feststellbarer Wille der Einzelvertragsparteien geht auch in diesem Falle vor, da es keinen unwiderlegbaren Rechtsatz gibt, wonach Leistungszulagen bei einer Tariflohnerhöhung immer weiterzuzahlen sind.

Immerhin lässt sich aus diesen Ueberlegungen zusammenfassend sagen, dass für die Frage nach Aufstockung bzw. Aufsaugung des übertariflichen Lohnes bei Tariflohnerhöhung ein sicherer, wenn auch nicht unwiderlegbarer Anhaltspunkt die gleichgerichtete Zielsetzung ist. Hat ein AG mit seinen AN aus einem ganz bestimmten Beweggrund einen übertariflichen Lohn vereinbart, folgt anschliessend eine Tariflohn-

---

1) So Maus W.,Kommentar, Anm.125 zu § 4 TVG, Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm.224 zu § 4 TVG, Monjau H., DB 1965 S.1251, Nikisch A., Arbeitsrecht II S.447; a.M. aber Knitter U., Möglichkeiten undGrenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge S.80, ihm folgend Courth P., Günstigkeitsprinzip S.45/46

erhöhung aus eindeutig feststellbar gleichen Motiven, so ist anzunehmen, dass es die Absicht der Einzelarbeitsvertragsparteien war, die übertarifliche Zulage vom neuen Tariflohn aufsaugen zu lassen; Zweckgleichheit bedeutet demzufolge Aufsaugung der übertariflichen Zulagen. Umgekehrt aber, wenn der Tariflohnerhöhung und der übertariflichen Zulage eine völlig verschiedene Motivation zugrunde liegt, spricht das gegen eine Aufsaugung. In allen Fällen dürfte aber eine endgültige Entscheidung der Frage wesentlich erleichtert werden, wenn sich zumindest die Parteien des Einzelarbeitsvertrages über die Ursachen der übertariflichen Entlöhnung einig sind. Das sollte jedoch nicht allzu schwierig sein; denn ohne "Zweck" dürfte wohl nie eine Bezahlung über das von den Sozialpartnern verlangte Mindestmass hinaus vorgenommen werden.

3.2.4 Bestandesklauseln und Effektivklauseln - Rechtswirksame kollektiv-rechtliche Instrumente zur verpflichtenden Weiterzahlung von vor der Erhöhung des GAV-Lohnes gewährter Zulagen

Wir haben gesehen, dass sich jede Art übertariflicher Löhne und Zulagen im tariflosen Raum bewegt,und dass gemäss dem dort vorhandenen Grundsatz der Vertragsfreiheit in jedem Fall die einzelarbeitsvertragliche Vereinbarung darüber entscheidet, ob die gewährte Zulage von einer zukünftigen Erhöhung des Tariflohnes aufgesogen bzw. aufgestockt wird. Da der übertarifliche Raum also der Regelungsbefugnis der Sozialpartner (im normativen Sinn) entzogen ist, bemühen sich diese (insbesondere natürlich die AN-Verbände) umso mehr um eine vollständigere und umfassendere Regelung und Ausgestaltung ihrer Kollektivvereinbarungen, um die bis anhin unter der Geltung der abzulösenden Gesamtvereinbarung den AN gewährten Vorteile und Zugeständnisse in der Form übertariflicher Zulagen diesen auch unter dem

Geltungsbereich des neuen GAV zu erhalten. Zu diesem Zweck werden vielfach in den Kollektivverträgen Regelungsklauseln vereinbart, welche für die Erhaltung solcher einzelvertraglich vereinbarter übertariflicher Lohnzulagen nach vorgenommener Erhöhung des GAV-Lohnes die rechtliche Grundlage bilden.

Klauseln vorgenannter Art gibt es verschiedene 1). An dieser Stelle sollen jedoch nur die beiden wichtigsten Kategorien dargestellt werden, nämlich die Bestandesklauseln und die Effektivklauseln, wobei die rechtliche Problematik vor allem bei der Frage nach Zulässigkeit letztgenannter Vereinbarungen zu suchen ist.

3.2.4.1 Bestandesklauseln

Bestandes- oder Besitzstandsklauseln 2) sind eine häufige Erscheinung in Gesamtvereinbarungen, obwohl vom Zweck her gesehen der Aufnahme solcher Bestimmungen keine eigentliche, rechtlich selbständige Bedeutung zukommt. Vielfach geschieht das in der Formulierung, dass der neue GAV auf die bis anhin gewährten übertariflichen Leistungen keinen Einfluss habe oder dass bereits bestehende bessere Arbeitsbedingungen aus Anlass des (neuen) GAV nicht verschlechtert werden oder dass günstigere Einzelvereinbarungen wegen des Inkrafttretens des (neuen) GAV keine Verschlechterung erfahren dürfen.

---

1) Vgl. dazu sehr ausführlich Knitter U., Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge S. 111 ff

2) Oft wird der etwas verführerische Ausdruck "Besitzstandsgarantie" verwendet, vgl. etwa Schweingruber E., Entwicklungstendenzen ZbJV 83, 1947 S. 214; verführerisch deshalb, weil damit die Unabänderlichkeit der einzelvertraglichen günstigeren Lohnbedingungen bei Ablösung zweier GAV kollektivrechtlich nicht normativ "garantiert" werden kann. Nur in diesem Fall könnte man wohl von einer "Garantie" sprechen.

"Bestehende Vereinbarungen und Einzelverträge, die für die Aktivmitglieder ... günstiger lauten als die vorstehenden Bestimmungen dürfen nicht gestützt auf diesen neuen Kollektivvertrag verschlechtert werden" 1).

"... dem Arbeitnehmer bleibt jedoch der Besitzstand gewahrt" 2).

Bisher gewährte günstigere einzelvertragliche Abmachungen dürfen aus Anlass der Inkraftsetzung dieses Vertrages nicht gekürzt werden 3).

"Bessere Arbeitsbedingungen dürfen nicht abgebaut werden" 4).

Wie erwähnt, besagen solche Klauseln nichts anderes als schon in Art. 357 Abs. 2 OR festgelegt ist, nämlich dass abweichende einzelvertragliche Vereinbarungen gültig sind und gültig bleiben, sofern sie für den AN günstiger sind. Insoweit also sind solche Bestimmungen überflüssig 5), es sind lediglich sog. neutrale Regeln, deren Wesen darin besteht, dass sie nur Aussprüche von Rechtsfolgen enthalten, die sich ohnehin von Gesetzes wegen ergeben würden 6 In diesem Fall kommt solchen Bestimmungen weder eine normative noch schuldrechtliche Wirkung zu; die Rechtslage wird überhaupt nicht geändert 7). Die Aufnahme einer solche Bestandesklausel in die Gesamtvereinbarung hat daher keineswegs die Wirkung, dass der höhere Lohn zum Tariflohn wird

---

1) Art. 77 Kollektivvertrag 1972 Schweizerischer Zeitungsverleger-Verband-Verein der Schweizer Presse

2) Art. 14 (in fine) GAV 1971 Verband schweizerischer Brauereien-VHTL

3) Art. 42 Abs.1 Landesvertrag 1972 für das schweizerische Dachdeckerhandwerk

4) Art. 1 Abs.1 GAV 1970 Schweiz.Engros-Möbelindustrie; vgl. weiter etwa noch Art.29 Abs.1 GAV Schweiz.Präzisionsschrauben- und Décolletage-Industrie vom 1.11.1965,Art. 3 GAV für das Transportgewerbe im Gebiet der Stadt und des Bezirks Zürich vom 1.1.1969

5) Die einzige Aussagekraft bestehe darin, dass auch diejenigen AN an der Lohnerhöhung teilnehmen würden, die bereits übertariflich entlöhnt würden, so Frei H.,RdA 1960 S.292, Karakatsanis A., Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen S.119

6) Siehe S.29

7) Oser-Schönenberger,Kommentar,Note 64 zu Art.322 OR, Kaske Dersch, Arbeitsrecht S. 94

bzw. der übertarifliche Lohn neben dem neuen erhöhten Tariflohn (zwingend) weiterzuzahlen ist 1). Dies würde, wie leicht zu erkennen ist, dem eigentlichen Zweck des GAV-Rechts, der in der Schaffung einheitlicher Mindestbedingungen liegt, zuwiderlaufen, da dadurch ja eine unüberschaubare Zahl unabdingbarer Arbeitsbedingungen (für jeden andere) geschaffen würde, was mit der Ordnungsfunktion 2) des GAV wohl nicht mehr in Uebereinstimmung gebracht werden könnte. Vielmehr hat der AG nach wie vor die Möglichkeit, die Arbeitsbedingungen - beispielsweise mit der sog. Aenderungskündigung 3) - auf die tariflichen Mindestbedingungen zurückzuführen. Diese Berechtigung des AG wird allerdings nicht allgemein bejaht. So vertritt beispielsweise Hueck-Nipperdey-Stahlhacke 4) die Meinung, dass der Formulierung der Bestandesklauseln eine entscheidende Rolle zukomme. Heisse es in der Kollektivvereinbarung, dass bessere Arbeitsbedingungen nicht verschlechtert werden d ü r f e n, so sei ein tarifliches Verbot dahin wirksam, "dass eine Verschlechterung der Bedingungen im Arbeitsverhältnis ... aus Anlass dieses Tarifvertrages unzulässig und nichtig" sei. "Aus anderen Gründen kann eine Herabsetzung der günstigeren Bedingungen ... erfolgen".

---

1) Herrschende Meinung heute, vgl. etwa Bulius D., Begünstigungsprinzip S. 77, Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S.423, Frei H., RdA 1960 S. 292, Urteil BAG vom 11.8.1965 in DB 1965 S. 1446, Urteil LAG Lamm vom 14.3.1958 in DB 1958 S.519; a.A. Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht S.95 der meint, eine solche Bedeutung sei "im Zweifel" lediglich nicht anzunehmen.

2) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S.26, vgl. auch Gumbert J., Wirkung tariflicher Besitzstandsklauseln, BB 1955 S. 28

3) Darunter ist eine Kündigung zu verstehen, mit der der Kündigende eine Aenderung der Arbeitsbedingungen zu seinen Gunsten zu erreichen sucht. Sie kann in zwei äusserlich verschiedenen Formen auftreten; als Kündigung unter der Bedingung, dass der Vertragsgegner der vorgeschlagenen Aenderung nicht zustimmt oder als unbedingte Kündigung, verbunden mit dem Angebot eines neuen Vertrages mit abgeänderten Bestimmungen, vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch I S.549/550

4) Kommentar, Anm. 234 zu § 4 TVG, ebenso Maus W., Kommentar Anm. 121a (aber 126!) zu § 4 TVG

Von der Art der Formulierung der Bestandesklauseln eine solch unterschiedliche rechtliche Wirkung ableiten zu wollen, erscheint nun doch allzu übertrieben im Sinne eines "unterschobenen" Parteiwillens, indem sich wohl oft die Sozialpartner bei der Vereinbarung solcher Bestimmungen des Wortunterschiedes (... dürfen) hinsichtlich seiner rechtlichen Wirkung bzw. Auswirkung nicht bewusst sein werden und dieser demzufolge in dieser Richtung auch gar nicht zur Entfaltung kommen kann. Allerdings bleibt dies grundsätzlich eine Auslegungsfrage. Diese Lehrmeinung ist aber deshalb abzulehnen, weil sie zu einer unzulässigen materiellen Beschränkung der einzelvertraglichen Gestaltungsfreiheit führt, indem die GAV-Parteien sogar gegen den Willen der Einzelvertragskontrahenten im übertariflichen Bereich ihre Vereinbarungsbefugnis zwingend ausüben würden, was mit dem vom kollektiven Arbeitsrecht verfolgten Zweck der Aufstellung und Sicherung normativ wirkender Mindestarbeitsbedingungen nicht vereinbar ist. Diese Ansicht ist daher abzulehnen.

Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass der Aufnahme von Bestandesklauseln in das kollektive Vertragswerk als "Regeln ohne rechtliche Wirkung" 1) und daher ohne jeden Einfluss auf die Dispositionsfreiheit der Einzelarbeitsvertragsparteien vom juristischen Standpunkt her keine Bedenken gegenüberstehen 2).

---

1) Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S. 60, ebenso Schichtel W., Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten S. 52, Courth P., Günstigkeitsprinzip S. 51 Anm. 103 spricht vom "deklaratorischen Charakter" solcher Klauseln.

2) Gleich im Ergebnis Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 451, Schmidt O., Die Verflechtung kollektiven und individuellen Arbeitsrechtes S. 57; Schweingruber will solchen Klauseln schuldrechtliche Wirkung zukommen lassen, vgl. Kommentar GAV 1972 S. 61/62. Als neutrale Bestimmungen ist dies jedoch nicht möglich.

3.2.4.2 Effektivklauseln

In Zeiten des harten Kampfes um den Teuerungsausgleich im Lohnsektor findet man in Kollektivvereinbarungen Bestimmungen, die für den Fall einer Tariflohnerhöhung während ihrer Geltungsdauer normativ anordnen, dass zusätzlich zum bisher bezahlten Lohn, welcher aus dem Grundlohn samt einzelvertraglich vereinbarten Zulagen und Zuschläge besteht, auch noch die betragsmässige Differenz zwischen dem alten und dem nun neu vereinbarten GAV-Lohn zu zahlen sei. Mit solchen Klauseln, welche in der Literatur gemeinhin als "Effektivklauseln" bezeichnet werden 1), wird bezweckt, dass allen von der Gesamtvereinbarung erfassten AN die Tariflohnerhöhung in vollem Ausmass und Umfang zukommen soll, also auch denjenigen AN, die bereits aus irgendwelchen Gründen auf Grund einer besonderen arbeitsvertraglichen Vereinbarung eine übertarifliche Entlöhnung erhalten 2).

Wie bei den Bestandesklauseln, sind die Formulierungen auch bei den Effektivklauseln vielfältig. Die gebräuchlichsten Wendungen sind etwa die folgenden 3):

- 5 %ige Erhöhung des gegenwärtig bezahlten Effektivlohnes.
- Jeder AN erhält die Differenz zwischen dem alten und dem neuen Tariflohn zu seinem heutigen Effektivlohn hinzu.

---

1) Weil damit grundsätzlich eine "effektive" Verdienststeigerung erreicht wird, unabhängig von einer allfälligen rechtlichen Unzulässigkeit solcher Bestimmungen.

2) Hueck A., BB 1954 S. 777, ebenso Urteil Lamm vom 14.3.1958 in DB 1958 S. 519; nicht zu Unrecht verweist Knitter U., a.a.O. S. 127 auch auf den allgemein gewerkschaftspolitischen Zweck solcher Vereinbarungen, indem er sagt, dass "die Gewerkschaften sich ihren notwendigen Rückhalt in der qualifizierten Arbeitnehmerschaft nur erhalten können, wenn sie der sich verstärkenden Tendenz zu einzelbetrieblichen Regelungen entgegenwirken, indem sie zeigen, dass sie in der Lage sind, auch für die durch die einzelnen Betriebe bessergestellten AN unmittelbare Vorteile zu erreichen".

3) Die einzelnen Beispiele stammen von Wlotzke O., AuR 1961 S. 72

- Die derzeitig bezahlten Löhne werden um den Betrag x je Stunde erhöht.

- Die sich aus der Lohnerhöhung ergebenden Beträge sind auf alle bestehenden Löhne zu zahlen.

Aus der Formulierung der Effektivklauseln ergibt sich normalerweise der von den Vertragsparteien damit verfolgte Zweck, andernfalls ist dieser auf dem Weg der Vertragsauslegung festzustellen 1). Denn je nach der Wortfassung der Effektivklausel können die Partner des Kollektivvertrages damit verschiedenes bezwecken, was wiederum für die Namensnennung der jeweiligen Klausel von ausschlaggebender Bedeutung ist. Denkbar sind dabei die folgenden zwei Varianten:

a) Die bis anhin den AN ausbezahlten Effektivlöhne, samt Differenzbetrag zwischen neuem und altem GAV-Lohn,sollen mit der Tariflohnerhöhung zu unabdingbaren tariflichen Mindestlöhnen werden und damit, ohne zeitliche Befristung, den AN gesichert (garantiert) sein. Solche Klauseln nennt man Effektivgarantieklauseln, allgemeine-, harte oder strenge Effektivklauseln.

b) Die Klausel soll nach Meinung der Sozialpartner eine ganze oder teilweise Aufsaugung der Zulagen aus Anlass der Tariflohnerhöhung zwingend vermeiden; sie soll lediglich die Erhöhung, nicht

---

1) Im Zweifelsfall ist jedoch anzunehmen, dass die Sozialpartner nur die Absicht haben, dem AN den bisherigen übertariflichen Lohn neben dem neuen Tariflohn zu erhalten (begrenzte Effektivklausel),vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm.235 zu § 4 TVG, Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 245; das ergibt sich neben der rechtlichen Unzulässigkeit solcher Bestimmungen auch aus rechtspolitischen Ueberlegungen, indem die Klausel demim Zeitpunkt der Tariflohnerhöhung übertariflich entlöhnten AN wohl nur zeitlich begrenzte Vorteile bietet, da der etwas vorsichtig kalkulierende AG künftig mit der Gewährung übertariflicher Zulagen zurückhaltender sein wird, wenn er damit rechnen muss, dass er bei der nächsten Tariflohnerhöhung die Zulage auch weiterhin zu zahlen hat. Der ursprüngliche Vorteil dürfte sich so, langfristig gesehen, eher nachteilig auswirken, vgl. auch Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 455

aber die Sicherung des erhöhten Lohnes bezwecken 1), weshalb man sie begrenzte- oder weiche Effektivklausel nennt.

Der Unterschied dieser beiden Arten von Vereinbarungsklauseln ist offensichtlich und in seiner Bedeutung hinsichtlich der Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit grundsätzlich und entscheidend.

Im Fall a) wird der effektive Lohn des einzelnen AN plus die im neuen GAV vereinbarte Lohnerhöhung auf die Dauer unabänderlich garantiert. Damit erhalten die im Entstehungsgrund aussertariflichen, d.h. einzelvertraglich vereinbarten Zulagen den Charakter tariflicher Mindestlöhne und werden somit der Verfügungsmacht der Einzelarbeitsvertragsparteien endgültig entzogen; damit ist beispielsweise eine Senkung der Löhne durch gegenseitige Vereinbarung oder mittels Aenderungskündigung nicht mehr möglich. Einzig durch Abänderung des GAV als solchen bzw. seiner Ersetzung durch einen materiell veränderten neuen Kollektivvertragstext könnte der nun so u n a b d i n g b a r festgesetzte Tariflohn wieder gesenkt werden 2).

Im Gegensatz dazu bezweckt die zweite Variante b) die ungekürzte (zwingende) Weitergewährung der bisherigen übertariflichen Zulage als e i n z e l a r b e i t s v e r t r a g l i c h e Zulage neben dem neuen Tariflohn, womit die auf Grund individualrechtlicher Abmachungen gewährten Löhne nicht zu unabdingbaren Tariflöhnen werden und somit der individuellen Gestaltungsfreiheit der Einzelarbeitsvertragsparteien nicht entzogen sind 3).

---

1) Knitter U., Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge S. 130

2) Nikisch A., Arbeitsrecht II S.451, Schmidt O., Die Verflechtung kollektiven und individuellen Arbeitsrechtes S. 57, Schichtel W., Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten S. 53

3) Sitzler F., Festschrift Molitor S. 284, Etzel G., AuR 1969 S. 258

Entsprechend der einschneidenden rechtlichen und rechtspolitischen Konsequenz und Tragweite dieser beiden Sorten von Effektivklauseln sind sich denn auch die verschiedenen Lehrmeinungen und die Praxis hinsichtlich der Frage nach der Zulässigkeit solcher kollektiven Vereinbarungen nicht einig im Urteil 1). Immerhin besteht grösstenteils, von wenigen Ausnahmen abgesehen 2), Uebereinstimmung bezüglich der Effektiv g a r a n t i e klauseln. Mit überzeugender Argumentation, die schlechthin von den meisten übrigen Autoren übernommen wurde, verneint Hueck in seinem Gutachten über "Die Zulässigkeit und Wirkung einer tariflichen Effektivklausel" 3), die zwingend-rechtliche Wirksamkeit solcher Klauseln. Sie würden zunächst einmal elementaren Grundsätzen des kollektiven Arbeitsrechts widersprechen, dessen Ziel nicht die Gestaltung des übertariflichen Raumes durch die Kollektivpartner sei, sondern die Herstellung einheitlicher Arbeitsverhältnisse im Sinne von allen (organisierten) AN gleichmässig zukommenden Mindestarbeitsbedingungen 4). Zum andern aber würde es eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes (alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich, Art. 3 Abs. 1 GG)

---

1) Die wichtigsten Vertreter der einzelnen Lehrmeinungen werden im folgenden namentlich aufgeführt.

2) Z.B. Bulius D., Begünstigungsprinzip S. 79, Kaufmann H., NJW 1960 S. 1647, Rehhahn H., AuR 1956 S. 295

3) BB 1954 S. 776 ff (vgl. auch seinen Kommentar Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Anm. 39 zu § 1 TVG), ihm folgend: Frey H., RdA 1960 S. 293, Sitzler F., Festschrift Molitor S. 284, Butz H., DB 1958 S. 429, Stahlhacke E., RdA 1962 S. 223, Vits J., DB 1961 S. 502, Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 452, Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 426, Etzel G., AuR 1969 S.263, Hölters W., a.a.O. S. 181

4) Es darf daran erinnert werden, dass mit der Anerkennung eines den Einzelvertragsparteien vorbehaltenen "Einzelrechtskreises" (Siebert W., BB 1953 S.243) keine Verdrängung der Kollektivmacht bezweckt wird, sondern dass damit nur eine Begrenzung der kollektiven Gestaltungsmöglichkeiten auf gesetzlicher Grundlage bestätigt wird; die kollektive Regelung ist und soll eine abstrakte, generelle Regelung bleiben, die allgemeine und gleichmässige Bedingungen festsetzt, die für alle diejenigen Fälle gleichmässig gelten sollen, die tatbestandsmässig dem abstrakt gefassten Typus entsprechen, vgl. Karakatsanis A., a.a.O. S. 51/52.

bedeuten, da mittels einer solchen Klausel ohne sachlich gerechtfertigten Grund für AN mit gleichen Beschäftigungsbedingungen, gleicher Beschäftigungsart und gleichem Leistungseffekt verschiedene tarifliche Mindestlöhne gelten würden. Denn die bisher durch die Einzelarbeitsvertragsparteien auf Grund der Vertragsfreiheit verschieden geregelten ungleichen Tatbestände würden somit ebenfalls ungleich auch von den Tarifvertragsparteien behandelt, indem durch sie verschiedene Mindestbedingungen festgesetzt würden 1).

Diese Ueberlegungen Huecks können vollumfänglich auch auf das schweizerische GAV-Recht übertragen werden. Auch bei uns bezweifelt in der Tat niemand, dass die Normen im GAV ihrem Sinn und Zweck entsprechend nicht Mindestarbeitsbedingungen darstellen 2). Durch die Zulassung der Effektivgarantieklausel aber würde einer der ureigensten Funktionen des GAV-Rechts, nämlich der zur Begründung eines einheitlichen Mindestlohnniveaus, entgegengewirkt, was sich demzufolge mit der Grundidee dieses Rechtsinstitutes nicht vereinigen lässt. Des andern bestimmt auch Art.4 erster Satz der BV, dass alle Schweizer vor dem Gesetze gleich seien. Darunter ist nach bundesgerichtlicher Praxis zu verstehen, dass bei Gleichheit der tatsächlichen Verhältnisse in wesentlichen Punkten keine rechtlich verschiedene Behandlung der zu beurteilenden Fälle erfolgen darf 3). Die Heranziehung der BV mag komisch anmuten. Aber neben dem grundsätzlich privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz der Art. 27/28 ZGB und 49 OR besteht neuerdings auch die Möglichkeit der Geltendmachung verfassungsmässiger Rechte (in concreto also des Gleichheitsgrundsatzes) nicht mehr nur im Verhältnis Bürger-Staat, sondern auch in der horizontalen Ebene (Bürger-Bürger)

---

1) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 425

2) Vgl. statt vieler anderer Schweingruber E., Arbeitsrecht S. 79

3) BGE 91 I 171 Erw. 1, 96 I 17 Erw. 3

zur Verfügung, nachdem in den Grundrechten der "Ausdruck einer prinzipiellen Wertung, die (auch) im Verkehr unter den Rechtsgenossen ihre Bedeutung besitzt", erblickt wird 1).

Fraglich ist einzig, ob die GAV-Parteien auch auf die BV verpflichtet sind. Es ist davon auszugehen, dass das von den Kollektivpartnern normativ festgelegte Recht objektives Recht darstellt und demzufolge als Gesetz im materiellen Sinne zu verstehen ist. Auf der anderen Seite ist die Rechtsetzungsbefugnis der GAV-Parteien zur Regelung der Arbeitsverhältnisse in genau bestimmten Kreisen von Rechtssubjekten diesen vom Gesetzgeber übertragen worden 2); gemäss dem bekannten römischrechtlichen Grundsatz, "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet", kann der Gesetzgeber auf dem Delegationsweg kein Mehr an Rechten übertragen als er selbst hat. Wenn aber schon der Bundesgesetzgeber an die BV, die ja als Gesetz über Bürgern, Kantonen und Behörden steht 3), gebunden ist, so kann er auch nicht die Sozialpartner von deren Verbindlichkeit "befreien". Die Feststellung Hubers 4), der Gleichheitsgrundsatz sei dem Verbandsrecht nicht in gleicher Weise immanent wie dem Gesetz, da dieses (das Verbandsrecht) in Rechtskreisen gedeihe, wo von Beruf zu Beruf, von Wirtschaftszweig zu Wirtschaftszweig gleiche tatsächliche Lebensverhältnisse ungleich, ungleiche aber gleich behandelt würden, bedeutet jedoch keineswegs, dass die Kollektivpartner nicht an die Verfassung gebunden wären, bzw. ihre Mitglieder solche "Abweichungen" dulden müssen. Denn vor der Rechtsordnung kann es nur e i n e n Gleichheitsbegriff geben.

---

1) Vischer F., BJM 1957 S. 11

2) Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 12 zu Art. 322 OR, vgl. aber Huber H., Staat und Verbände S. 7 ff

3) Fleiner F., Schweizerisches Bundesstaatsrecht S. 39/40

4) Staat und Verbände S. 29/30

Effektivgarantieklauseln verstossen aber auch gegen den den Einzelarbeitsvertragsparteien vorbehaltenen Individualrechtskreis, der, entgegen der Ansicht Stahlhackes, eine "absolute Sperre" gegenüber der normativen Einflussnahme der Tarifpartner darstellt und eine zwingende Einschränkung auch im "Interesse einer sinnvollen Ordnung" nicht zulässt 1). Denn dadurch greifen die Sozialpartner gestaltend in die kollektivfreie Individualsphäre ein und bestimmen unabänderlich, d.h. möglicherweise sogar gegen den Willen der Einzelarbeitsvertragsparteien, zwingend die Beibehaltung der übertariflichen Zulagen, womit diese notgedrungen zu einer tariflich unabdingbaren Leistungspflicht erhoben werden. Wenn auch zweifellos vom sozialpolitischen Standpunkt aus die Weitergewährung individualrechtlich vereinbarter, übertariflicher Lohnzulagen wünschenswert ist, rechtfertigt dies doch in keiner Weise eine Erweiterung des kollektivrechtlichen Zuständigkeits- und Regelungsbereiches der Tarifpartner 2); denn durch das vom Gesetzgeber in Art. 357 Abs. 2 OR geregelte Günstigkeitsprinzip wird die Tarifautonomie derSozialpartner auf "kollektive Situationen" beschränkt, die - so Karakatsanis 3) - allein der kollektivrechtlichen Gestaltung fähig sind, da der übertarifliche Bereich als Ebene von "Individualsituationen" der Gestaltungsbefugnis der Arbeitsvertragsparteien vorbehalten ist. Den endgültigen Entscheid, ob bei einer Tariflohnerhöhung die Zulagen aufgesogen oder aufgestockt werden, haben, wie schon dargetan wurde 4), allein die Parteien des Einzelarbeitsvertrages zu fällen.

Ein weiteres, letztes Argument gegen die Zulässigkeit der Effektivgarantieklausel besteht in der nicht ungefährlich

---

1) RdA 1962 S. 228

2) Courth P., Günstigkeitsprinzip S. 57

3) Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen S. 34/35

4) Vgl. S. 61 dieser Arbeit, auch Schichtel W.,a.a.O. S.59/66, Butz H., DB 1958 S. 430

erscheinenden Tragweite einer so liberal verstandenen Tarifautonomie. Denn fraglich ist, ob die Sozialpartner der in der BV verankerten freiheitlichen, rechtsstaatlichen Auffassung nachleben würden; es geht hier nicht um die vorsichtige Ausdrucksweise eines sehr wahrscheinlich eintretenden Vertrauensmissbrauchs, sondern um die klare Erkenntnis, wonach die unbegrenzte und unkontrollierte Macht notwendigerweise zum "Missbrauch, zur Willkür und zur Gefährdung von Freiheit und Gerechtigkeit führen muss" 1).

Umstrittener aber als die Effektivgarantieklausel ist die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit der n o r m a t i v b e g r e n z t e n Effektivklausel 2), die bis heute in Lehre und Rechtssprechung keine einheitliche Beantwortung gefunden hat. Ueber längere Zeit hielt das deutsche BAG 3) die normative Wirkung der begrenzten Effektivklausel für zulässig 4), und seine Auffassung wurde (und wird

---

1) Kägi W., Festschrift H.Huber S.152

2) Ob die Vereinbarung einer solchen Klausel als s c h u l d r e c h t l i c h e Tarifbestimmung in dem Sinne zulässig ist, dass die Arbeitgebertarifpartei verpflichtet ist, bei einer Tariflohnerhöhung auf ihre Mitglieder so einzuwirken, dass diese die bisher bezahlten übertariflichen Zulagen auch zum neuen, erhöhten GAV-Lohn zu zahlen haben, wird verschieden beantwortet. D a f ü r sprechen sich aus: Courth P., Günstigkeitsprinzip S.77,Hessel Ph., AuR 1956 S157/158, Etzel G.,AuR 1969 S.268,Hölters W., a.a.O. S.181; d a g e g e n aber:Schichtel W.,a.a.O.S.66, Wlotzke O.,Günstigkeitsprinzip S.68/69,Knitter U.,a.a.O. S.230; eine M i t t e l s t e l l u n g nimmt Nikisch A., (Arbeitsrecht II S.455) ein, der eine schuldrechtlich vereinbarte Effektivklausel im Firmentarif zulassen will. Auf die gegensätzlichen Meinungen wird nicht weiter eingetreten; wir halten jedoch obligationenrechtlich vereinbarte Effektivklauseln auch für r e c h t l i c h u n b e d e n k l i c h.

3) In Ermangelung schweizerischer Entscheidungen muss auch hier auf die deutsche Arbeitsrechtpraxis und -lehre zurückgegriffen werden.

4) Vgl. die Urteile vom 1.3.1956 in DB 1956 S.330, ebenso vom 26.4.1961 in DB 1961 S.918, weiter LAG Hamburg in DB 1957 S.1075.

teilweise heute noch) von mehreren gewichtigen Arbeitsrechtlern 1) geteilt. Seine Argumentation ging auf die Widerlegung der der Effektivgarantieklausel zum Verhängnis gewordenen Gründe 2) aus, welche schliesslich zur Aberkennung deren rechtlicher Wirksamkeit führten. Es wurde geltend gemacht, dass mit der Anerkennung der normativ begrenzten Effektivklausel keineswegs der Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzt sei, die Grenzen des kollektiven Normenvertrages nicht überschritten seien und das Wesen der Norm keine Verfälschung erfahre, da die "bisher verschieden hohen Löhne gleichmässig heraufgesetzt, die ungleichmässigen Löhne also gleichmässig, wenn auch - entsprechend ihrer bisherigen Verschiedenheit - auf verschiedene Höhe, gehoben" würden 3).

Mit Urteil vom 14.2.1968 4) hat nun das BAG eine aufsehenerregende Aenderung seiner Rechtssprechung in dem Sinne vorgenommen, als es seither der Vereinbarung normativ begrenzter Effektivklauseln jedwelche rechtliche Wirksamkeit versagt und damit von einer Rechtssprechung abgewichen ist, die gemeinhin bereits als gefestigt angesehen wurde 5). Aus den Erwägungen lässt sich entnehmen, dass das BAG der von Nikisch 6) vertretenen Auffassung gefolgt ist, der schon seit geraumer Zeit die rechtliche Unwirksamkeit der normativ begrenzten Effektivklausel vertreten

---

1) So u.a. von Hueck A., BB 1954 S.776, Stahlhacke E., RdA 1957 S.446, 1962 S.228, 1969 S.796, Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm. 178 zu § 1 TVG, Frey H., RdA 1960 S.293, Schmidt O., Die Verflechtung kollektiven und individuellen Arbeitsrechts S.59, Hölters W., a.a.O. S.181

2) Dieselben wurden nämlich auch zur Begründung der rechtlichen Unwirksamkeit begrenzter Effektivklauseln angeführt.

3) DB 1956 S. 331

4) DB 1968 S. 1133, BB 1968 S. 665

5) Stahlhacke sprach schon vom oben zitierten Urteil des BAG (DB 1956 S. 330) von einem Grundsatzentscheid, vgl. RdA 1962 S.223

6) Arbeitsrecht II S.453, ebenso schon in BB 1956 S.468 und 1961 S. 1205

hat und im Schrifttum durch Wiedergabe seiner Beweisführung bzw. unter Berufung auf dieselbe lebhafte Unterstützung fand 1).

Neben zustimmender Anerkennung traf aber die bundesarbeitsgerichtliche Entscheidung auch auf Skepsis 2), ja sogar auf heftige Ablehnung 3) und brachte - neben der mit Praxisänderungen solch hoher Gerichte jeweils verbundenen verdienstvollen und förderlichen Anregung der wissenschaftlichen Erörterung des in Frage stehenden Streitthemas - nach Kunze 4) auch "Unruhe und Unsicherheit in die tarifpolitische Praxis".

Wir halten dafür, dass es den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen würde, wollte man auf die einzelnen geltend gemachten Argumente der verschiedenen Befürworter und Gegner der Zulässigkeit normativ beschränkter Effektivklauseln in deren Veröffentlichungen eingehen. Trotzdem erscheint die Möglichkeit einer Meinungsbildung in diesem

---

1) Würde sich schon wegen der grossen Zahl der Vertreter einer Lehrmeinung eo ipso auch deren Richtigkeit ergeben, so müsste dies hier zweifellos angenommen werden, vgl. Frey E., AuR 1968 S. 318, Etzel G., AuR 1969 S.267,Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S.68, Sitzler F., Festschrift Molitor S.284, Tröster K., Gestaltung des Arbeitsverhältnisses S.56, Karakatsanis A., a.a.O.S.119/122, Schichtel W., a.a.O.S.63, Courth P., a.a.O. S.78, Bobrowski-Gaul,a.a.O. S.249/729, Vits J., DB 1961 S.504, Butz H., DB 1958 S.429, Gumbert J., BB 1955 S.28, Maus W., Kommentar, Anm.121c zu § 4 TVG, allerdings ohne Billigung seiner Ausnahmeregelung, Richardi R., DB 1969 S.1986.

2) Vgl. etwa Frey E., AuR 1968 S. 319

3) Vor allem Stahlhacke in DB 1969 S.791 ff und die in Fussnote 1 dort zitierten Autoren Bötticher und Rumpf; allerdings gibt Stahlhacke zu für den Fall, dass man das Günstigkeitsprinzip als eine "völlige Sperre,d.h. eine Schranke für jedwede Einflussnahme der Tarifvertragsparteien auf den übertariflichen Raum" auffasse (wie wir dies hier bezüglich normativer Bestimmungen tun), die rechtliche Zulässigkeit der begrenzten Effektivklausel verneint werden müsste, vgl. S. 795

4) AuR 1969 S. 225

wissenschaftlich heftig umstrittenen "Kampfgebiet" gegeben. Wir stützen unser Urteil auf die von allen Gegnern der rechtlichen Vereinbarungszulässigkeit einheitlich vertretene Ansicht bezüglich zweier Punkte 1), wonach die begrenzte Effektivklausel wegen Aufrechterhaltung sachfremder Differenzierungen bei der Gewährung übertariflicher Zuschläge, d.h. wegen ungerechtfertigter ungleicher Behandlung gleicher Tatbestände, einen Verstoss gegen den Gleichheitsgrundsatz (analog Art. 4 BV) darstelle 2), mithin also keine rechtliche Wirkung entfalten könne, zusätzlich aber auch wegen unzulässigem Eingriff in die Privatautonomie unwirksam sei. Die Bindung der Sozialpartner an die BV wurde bereits vorgehend dargetan. Da jede von den Tarifpartnernaufgestellte Norm objektives Recht, mithin eine generell-abstrakte Regelung darstellt, die den der individuellen Parteiautonomie zugänglichen Bereich - unter Ausschluss des Eingriffes in einzelvertragliche Rechte - nur einengen kann 3), darf dieselbe, im Gegensatz etwa zu individuellen arbeitsvertraglichen Vereinbarungen, wo in aller Regel die Vertragsfreiheit gegenüber dem Gleichheitsgrundsatz den Vorrang hat, diesem nicht widersprechen, auch wenn damit gerade auf die übertarifliche Vergütung Bezug genommen wird. Etzel 4) weist zu Recht darauf hin, dass beispielsweise innerhalb der Branche, auf die sich ein Tarifvertrag erstrecke, die übertarifliche Vergütung nicht immer leistungsbedingt sei. Für gleiche Arten von Tätigkeiten und für AN in derselben sozialen Lage würden nicht generell dieselben übertariflichen Zu-

---

1) In anderen Punkten weichen die Lehrmeinungen zum Teil erheblich voneinander ab, wenn auch das Schlussergebnis das gleiche bleibt, vgl. v.a. Etzel G., Die Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln, AuR 1969 S. 257, 263 ff

2) A.M. allerdings Hueck A., BB 1954 S.776; danach erhält jeder AN einen bestimmten Betrag zu seinem momentanen Lohn hinzu; die Klausel behandle also alle AN gleich und sei daher hinsichtlich dem Gleichheitssatz ohne Bedenken zulässig. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden.

3) Hilger M.L., Der Einfluss des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis S. 24

4) AuR 1969 S. 267

schläge gewährt 1). An diesem Zustand, so meinen wir, vermag aber auch die normativ begrenzte Effektivklausel nichts zu ändern, im Gegenteil, sie hält diese sachlich ungerechtfertigte Situation weiterhin aufrecht, indem durch sie der Betrag der Tariflohnerhöhung auf die effektiv bezahlten, individuellen Löhne hinzugezählt wird. Das bedeutet mithin nur eine s c h e i n b a r e gleiche Behandlung aller AN im Sinne Huecks 2); denn in Tat und Wahrheit ist das erzielte Ergebnis - von dort her nämlich muss die Beurteilung ausgehen - je nach der Höhe der einzelnen, einzelvertraglich ausgestalteten Löhne ohne Zweifel unterschiedlich, also individuell-konkret geprägt. Ob sich daraus auch in jedem Fall eine sachlich ungerechtfertigte, ungleiche Behandlung gleicher Tatbestände ableiten lässt, bedarf der besonderen Abklärung; es darf in diesem Zusammenhang einmal mehr betont werden, dass der übertarifliche Raum grundsätzlich der freien Vereinbarungsbefugnis und Gestaltung der Einzelvertragsparteien vorbehalten ist und der Grundsatz der Gleichbehandlung nur bei Willkür dazu führen kann, dass die anderen AN gewährten Zulagen auch den übrigen zustehen 3).

Notgedrungen aber schliesst die Gestaltungsfreiheit der Einzelarbeitsvertragsparteien das Recht in sich, eine Bindung im Sinne einer Verpflichtung sowohl einzugehen als auch abzuschlagen; durch die Wirkung der begrenzten Effektivklausel, die zwingender Natur ist, wird aber die Freiheit des Einzelnen in der Gestaltung des übertariflichen Raumes erheblich eingeschränkt; dies zu erkennen dürfte keine grosse Schwierigkeiten bereiten. Gerade aber in dieser Beschneidung der rechtlichen Befugnisse zur individuellen Ausgestaltung des Einzelarbeitsvertrages durch die daran beteiligten Parteien ist eine unzulässige Verletzung der Privatautonomie der Parteien des Arbeitsverhältnisses

---

1) Diese Feststellung entspricht grösstenteils den Ausführungen H. Hubers in "Staat und Verbände" S. 29/30
2) BB 1954 S. 776
3) Hueck-Nipperdey-Tophoven, Kommentar, Anm. 73 zu § 4 TVG

zu sehen 1).

Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass der normativ-beschränkten Effektivklausel, aber auch der unabdingbaren Effektivgarantieklausel der vorgangs erwähnten Gründe wegen die Anerkennung ihrer rechtlichen Normwirkung versagt bleiben muss.

Nicht zur Diskussion standen Vereinbarungen der Arbeitsvertragsparteien über übertarifliche Zulagen lediglich für bestimmte Zeitspannen, speziell umschriebene Zwecke oder als Zwischenlösungen bis zum Inkrafttreten der Tariflohnerhöhung; solche Zulagen fallen eo ipso mit Ablauf der Zeit, Erreichen des Zweckes oder dem Inkrafttreten des Tarifvertrages weg und werden von der Effektivklausel nicht mehr betroffen 2). Daraus ergibt sich keine rechtliche Problematik.

3.2.5 Aufhebung günstigerer Vereinbarungen

Der Vollständigkeit halber sei hier noch kurz auf die Beendigung günstigerer einzelvertraglicher Abreden hingewiesen.

Die Rechtsbefugnis der Einzelarbeitsvertragsparteien zur Vereinbarung übertariflicher Arbeitsbedingungen (Art. 357 Abs. 2 OR) beinhaltet auch die Möglichkeit, solche Abreden wieder zu ändern, ihre Gewährung von gewissen Bedingungen abhängig zu machen oder eine Wiederanpassung an die tariflichen Mindestnormen vorzunehmen.

---

1) So im Ergebnis auch Knitter U., a.a.O. S. 219

2) Hueck A., BB 1954 S. 776, Hueck-Nipperdey-Tophoven, Kommentar, Anm. 86 zu § 4 TVG

Dass die Kollektivpartner keine materielle Aenderung der Einzelarbeitsverhältnisse im übertariflichen Raum anordnen oder sogar selbst vornehmen können, ergibt sich aus der zwingenden Natur des Günstigkeitsprinzips.

Die Aenderung bzw. Aufhebung günstigerer Einzelvereinbarungen ist problemlos, wenn dies durch gegenseitige U e b e r e i n k u n f t der vertragsschliessenden Parteien geschieht. Dabei kann sich der Abschluss eines solchen Aufhebungsvertrages auch stillschweigend, durch konkludentes Handeln ergeben; ein AN beispielsweise, der ohne Angabe näherer Gründe plötzlich wieder einen dem Tarifansatz entsprechenden (niedrigeren) Lohn erhält und trotzdem seine Arbeit fortführt, gibt durch die als Erfüllungshandlung qualifizierte Weiterarbeit die stillschweigende Annahme der durch den AG einseitig geänderten Arbeitsbedingungen zu verstehen 1). Für die rechtliche Verbindlichkeit genügt also allein schon die Willensbetätigung; der Erklärungswille ist nicht erforderlich.

Eine einseitige Herabsetzung übertariflicher Arbeitsbedingungen durch den AG ist nur unter der Voraussetzung denkbar, als derselbe (AG) beispielsweise übertarifliche Löhne unter dem ausdrücklichen oder aus den Umständen des Einzelfalls sich ergebenden Vorbehalt des jederzeitigen W i d e r r u f s gewährt hat.

In allen anderen Fällen, in denen die Kontrahenten des Arbeitsvertrages sich nicht einigen können, verbleibt dem AG nur der Weg über die K ü n d i g u n g, indem er den AN vor die Alternative stellt, die veränderten, den Tarifmindestbestimmungen entsprechenden Arbeitsbedingungen anzu-

---

1) Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 11 zu Art. 115 OR, ebenso Note 9 zu Art. 6 OR

nehmen oder andernfalls auf den vertraglich bzw. gesetzlich vorgesehenen nächst zulässigen Zeitpunkt "geschickt" zu werden 1). Denn die Kündigung der günstigeren Arbeitsbedingungen für sich allein ist nicht möglich, da das Arbeitsverhältnis in seiner Gesamtheit eine untrennbare Einheit darstellt.

Haben die Parteien des Einzelarbeitsvertrages die Gewährung übertariflicher Anstellungsverhältnisse von gewissen B e d i n g u n g e n abhängig gemacht, so fallen die günstigeren Abreden mit dem Eintritt bzw. mit dem Wegfall dieser Bedingungen dahin.

3.3 Abwägungsgrundsätze für den Günstigkeitsvergleich

Art. 357 Abs. 2 OR gibt keine Auskunft darüber, wie festzustellen ist, ob eine einzelarbeitsvertragliche Abweichung vom Gesamtarbeitsvertrag zugunsten oder zulasten des AN erfolgt. Es kann daher im Einzelfalle zuweilen zweifelhaft sein, ob eine Abweichung tatsächlich eine Begünstigung für den AN darstellt. Für den Günstigkeitsvergleich haben daher Lehre und Rechtssprechung 2) in Ermangelung gesetzlicher Beurteilungskriterien gewisse Grund-

---

1) Obwohl Gestaltungsrechte (wie Kündigungen) eher bedingungsfeindlich eingestellt sind (Guhl-Merz-Kummer, OR S. 75, Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 6 zu Art. 347 OR, Schweingruber,Kommentar Dienstvertrag S.105), ist dies hier nicht der Fall, da die Rechtslage des AN insofern keine "unzumutbare Ungewissheit" erfährt, als derselbe sofort entscheiden kann, unter den veränderten Bedingungen weiterzuarbeiten oder nicht.

2) Insbesondere die deutsche Arbeitsrechtslehre hat sich um die Herausarbeitung der Vergleichskriterien verdient gemacht. Die analoge Heranziehung dieser Grundsätze rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass sich das Günstigkeitsprinzip des deutschen Tarifrechts (vgl. § 4 Ziff. 3 TVG) materiellrechtlich nicht von demjenigen des schweizerischen Gesamtarbeitsvertragsrechts unterscheidet.

sätze entwickelt, die ein abwägendes Gegenüberstellen der in Frage stehenden gesamt- und einzelarbeitsvertraglichen Bestimmungen erlauben und eine Entscheidung erleichtern sollen. Diese Grundsätze und damit verbundene praktische Einzelfragen werden im folgenden erörtert 1).

3.3.1 Vergleichsobjekt und Beurteilungssubjekt

Als erstes stellt sich die Frage nach den Vergleichsobjekten, d.h. nach dem, was überhaupt miteinander verglichen werden soll. Die Meinungen gehen diesbezüglich auseinander. Während die meisten Autoren 2), deren Meinung wir uns übrigens aus sachlichen Erwägungen anschliessen, allein das Arbeitsverhältnis und den Tarifvertrag miteinander verglichen wollen wissen, vertritt Folger 3) die Ansicht, dass auch solche Abweichungen "zweifelsfrei" eine Aenderung zugunsten des AN darstellen, die diesem keine unmittelbare a r b e i t s v e r t r a g l i c h e Kompensation für den aufgegebenen Vorteil bringen. Konkret geht es um die Beurteilung des folgenden Sachverhaltes. Handelt es sich auch um eine Begünstigung des AN im Sinne des Gesetzes, wenn diesem der Lohn bzw. sein Gehalt um einen wirtschaftlich minimen Betrag unter die gesamtarbeitsvertraglich festgelegte Mindestgrenze herabgesetzt wird, damit er Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträge

---

1) Aehnliche Probleme stellen sich auch im Verhältnis abweichender Abreden Gesetz - GAV, Gesetz - Einzelarbeitsvertrag, siehe Art. 324 a Abs. 4 OR (Lohn bei Verhinderung des AN) und 329 e Abs. 1 OR (Ferien). Die verschiedene Formulierung der beiden Artikel "für d i e Arbeitnehmer i m G a n z e n mindestens gleichwertig" (329 e), "für d e n Arbeitnehmer mindestens gleichwertig" (324 a) macht das Problem keineswegs einfacher.

2) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm. 238 zu § 4 TV Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 430, Tophoven E., RdA 1953 S. 422, Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S. 75, Hueck-Nipperdey, Grundriss S. 245, Firnhaber U., Günstigkeitsprinzip S. 53, Wittzack W., Schweiz. Gesamtarbeitsvertragsrecht S.222, Maus W., Kommentar, Anm.131 zu § 4 TVG

3) Verzicht auf Lohn- und Gehaltsspitzen, RdA 1953 S.422

in bestimmter Höhe einsparen kann ? Dadurch nämlich, dass der untertarifliche Lohn gerade ein Steigen z.B. in eine höhere Steuerprogression verhindert, die betragsmässige Differenz zwischen dem ausbezahlten (untertariflichen) Lohn und dem effektiv nach GAV zu zahlenden Mindestansatz aber kleiner ist als die Lohnsteuerdifferenz, die er mit dem tarifkonformen Gehalt auf Grund der erhöhten Progression zu zahlen hätte, ist unzweifelhaft eine vorteilhaftere Situation für den betreffenden AN eingetreten; denn der untertarifliche Lohn bewirkt unmittelbar eine Verminderung andersweitiger Einkommensbelastungen und führt, wie das Beispiel zeigt, zu einem verbesserten Nettolohn.

Tophoven 1) hat mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit dargetan, dass es sich hier nur um steuer- und versicherungsrechtliche Vorteile handelt, die dem AN nicht auf Grund der a r b e i t s r e c h t l i c h e n Vereinbarung als solcher zufliessen. Die Begünstigungsklausel umfasse jedoch nur solche Abreden, "die dem AN eine arbeitsvertragliche Kompensation für den aufgegebenen Tarifvorteil bringen", was im vorliegenden Sachverhalt nicht der Fall sei; von einer Begünstigung im erwähnten Sinne könne nicht gesprochen werden. Dieser Meinung ist vorbehaltlos beizupflichten.

Mit der Feststellung, dass nur solche Abweichungen vom Günstigkeitsbegriff erfasst werden, die eine "arbeitsvertragliche Kompensation" bringen, ist aber die Frage nach der Zulässigkeit solch untertariflicher Entlöhnungen noch nicht entschieden. Deren Beantwortung ergibt sich einzig aus der Interpretation der Kollektivvereinbarung, die insofern vom Günstigkeitsprinzip unabhängig ist. Gemäss Art. 357 Ziff. 1 OR können nämlich die GAV-Parteien das Prinzip der Unabdingbarkeit wegbedingen, wobei dies nicht

---

1) RdA 1953 S. 422

ausdrücklich zu geschehen hat, sondern auch aus den Umständen hervorgehen kann 1). Zweifelsohne ist aber eine solche Rechtslage nicht zu vermuten, sondern es bedarf eines besonderen Nachweises für die Gestattung von Abweichungen vom Grundsatz der Unabdingbarkeit 2). Ist aber ein dahingehender Wille der Sozialpartner feststellbar - was allerdings bezüglich Lohnvereinbarungen in der Praxis nicht oder nur selten vorkommen dürfte, da dies ja dem ureigensten Zweck des Gesamtarbeitsvertragsrechts, nämlich der Zusicherung von Mindestarbeitsbedingungen auch in Zeiten wirtschaftlicher Baisse zuwiderlaufen würden - dann müssten wohl solche geringfügige Lohnherabsetzungen zugelassen werden 3).

Das Wissen um die zu vergleichenden Vertragsobjekte (Einzel- und Gesamtarbeitsvertrag) vermag aber noch nicht die endgültige Entscheidung hinsichtlich der Begünstigung herbeizuführen. Denn es kommt bei deren Beurteilung auch noch auf den jeweiligen Standpunkt an, ob nämlich das Problem von der Warte des einzelnen AN oder von jener der Gesamtarbeitnehmerschaft aus beurteilt wird. Diese Frage war während längerer Zeit streitig 4). Heute allerdings besteht in Lehre und Rechtssprechung Einigkeit darüber, dass nicht die Anschauung einzelner AN noch jene bestimmter AN-Gruppierungen für die Beurteilung der Günstigkeit der Inhaltsnormen ausschlaggebend sein kann, sondern einzig und allein das Wohl des in Frage stehenden AN 5).

---

1) Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 7 zu Art. 323 OR; a.M. Maus W., Kommentar, Anm. 101 zu § 4 TVG

2) Hueck-Nipperdey-Tophoven, Kommentar, Anm. 64 zu § 4 TVG

3) Vgl. Tophoven a.a.O. S.423,Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S. 76

4) Vgl. Bulius D., Begünstigungsprinzip S.85 ff, Nikisch A., Lehrbuch II S.431

5) Maus W., Kommentar, Anm. 130 zu § 4.TVG, Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht S.82, Schmidt G., Günstigkeitsprinzip S.66, Dersch-Neumann, Kommentar, Anm. 42 zu § 13 BUrlG, Urteil BAG vom 20.7.1961, NJW 1961 S.2229; a.M. Monjau-Heimeier, Kommentar, Anm. 8 zu § 4 TVG

Allerdings ergibt sich eine solche Folgerung nicht aus dem Wortlaut des Art. 357 Abs. 2 OR, wonach abweichende Abreden zugunsten "der" AN getroffen werden können. Vielmehr erwächst diese Erkenntnis aus dem Zweck des Günstigkeitsprinzips, die Leistungen und besonderen Verhältnisse des einzelnen AN bei der Aufstellung seiner individuellen Arbeitsbedingungen gebührend zu berücksichtigen. Denn was sich für die Arbeitnehmerschaft als Gesamtheit (Belegschaft eines Betriebes oder Gesamtheit der Berufsangehörigen) im konkreten Falle als begünstigend auswirkt, kann gleichzeitig eine Verschlechterung der Rechtsposition eines einzelnen AN darstellen. Das Günstigkeitsprinzip trägt aber einen individualrechtlichen Charakter, der gerade auch die Verwirklichung des individuellen Leistungsgedankens bezweckt 1). Daher ist für eine objektive Beurteilung der Günstigkeit auf das Einzelinteresse des betroffenen AN abzustellen 2).

3.3.2 Objektiver oder subjektiver Beurteilungsmassstab ?

Die Frage, ob bei der Beurteilung der Günstigkeit ein objektiver oder ein subjektiver Massstab anzusetzen sei, ist nach allgemeiner Ansicht 3) zugunsten der ersten Alternative zu entscheiden. Auch wenn wir oben als Beurteilungssubjekt den einzelnen AN bezeichneten, so will das keineswegs bedeuten, dass zugleich auch seine persönliche Auffassung für den Entscheid massgebend sein soll 4). Die

---

1) Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S.77

2) Wiederum sei auf die Parallele Art. 324 Abs. 4 OR (individuell günstiger oder gleichwertig), Art. 329 e Ziff.1 OR (abweichende Ferienregelung, sofern für die AN im Ganzen mindestens gleichwertig) hingewiesen. Doch kann nicht weiter auf diese Sonderfälle eingetreten werden, vgl. zu diesen Bestimmungen Schweingruber E., Kommentar zum neuen Arbeitsvertragsrecht, Bern 1973

3) So Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm.241 zu § 4 TVG, Maus W., Kommentar, Anm.132 zu § 4 TVG, Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht S.727, Bulius D., Begünstigungsprinzip S.88, Richardi R., RdA 1965 S. 56

4) Abgesehen wird hier vom Falle einer objektiv festgestellten, gleichwertigen einzel- und gesamtarbeitsvertraglichen Regelung; dann nämlich geht die persönliche Ansicht des betreffenden AN vor, vgl. Firnhaber U., Günstigkeitsprinzip S. 69/70

Unrichtigkeit einer solchen Folgerung muss sich notwendigerweise aus der Zweckbestimmung des GAV-Rechts ergeben. Es würde nämlich dem Unabdingbarkeitsprinzip in krassester Form widersprechen, wären einzelarbeitsvertragliche Abreden, die den AN in objektiver Weise benachteiligen würden, wirksam, nur weil der Betroffene beispielsweise infolge mangelnder Einsicht bzw. falscher Beurteilung der Lage diese Bestimmung als günstiger beurteilt 1). Wenn im GAV-Recht von "günstiger" gesprochen wird, so handelt es sich immer um einen objektiven Vergleich zwischen Einzel- und Gesamtarbeitsvertrag. Die persönliche Ansicht des einzelnen AN fällt nur insofern ins Gewicht, als sie mit einer objektiven Würdigung übereinstimmt und durch seine besondere Interessenlage gerechtfertigt wird 2). Entscheidend für die Beurteilung der Günstigkeit sind folglich objektive Gesichtspunkte, die sich aus der Verkehrsanschauung ergeben, welche ihrerseits wiederum im wesentlichen mit den anerkannten arbeitsrechtlichen Grundsätzen übereinstimmen 3).

Solche arbeitsrechtliche Grundsätze geben oftmals schon eine Entscheidung hinsichtlich der Frage der Günstigkeitsbewertung. So besteht in der Literatur 4) kein Zweifel darüber, dass beispielsweise eine Verlängerung der gesamtarbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitszeit auf Grund einzelvertraglicher Abreden - auch bei noch so grosser Entlöhnung - keine Begünstigung für den einzelnen AN darstellt, auch wenn dieser, von seiner persönlichen Warte aus beurteilt,

---

1) Gleichermassen würde es eine Verkennung des Wesens des Unabdingbarkeitsprinzips darstellen, wenn der AN auf Rechte verzichten könnte, die ihm gemäss GAV zu gewähren sind. Damit der Schutzzweck des GAV überhaupt gewährleistet werden kann, bestimmt Art. 341 Abs. 1 OR, dass solche Verzichte keine rechtliche Wirkung haben.

2) Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 432

3) Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S. 79

4) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II, S. 432, Maus W., Kommentar, Anm. 132 zu § 4 TVG, Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S.80, Firnhaber U., Begünstigungsprinzip S. 73.

die verlängerte Arbeitszeit wegen des erhöhten Lohnes als vorteilhafter empfindet 1). Aber ein noch so grosser Lohn kann die Freizeit, deren der AN zur Erholung und zur Erhaltung seiner Arbeitskräfte bedarf, nicht wettmachen. Die Arbeitszeit, sowohl die gesetzliche als auch die vertraglich vereinbarte, ist immer als Maximalarbeitszeit im Interesse der AN anzusehen; eine Erhöhung derselben würde dem dieser Bestimmung innewohnenden Schutzzweck widersprechen und eine klare Schlechterstellung der AN verursachen 2). Die Frage nach der Günstigkeit kann im vorliegenden Falle jedoch gar nicht aufgeworfen werden; denn die Arbeitszeitregelung stellt nämlich in der Regel eine Verbotsnorm dar, die keine Abweichungen erlaubt 3). Verbotnormen (negative Inhaltsnormen) mit Schutzfunktion für die AN können daher niemals Gegenstand günstigerer Vereinbarungen sein, da dies dem ihnen zugrunde liegenden Zweckgedanken zuwiderlaufen würde. Es kann daher unter diesem Gesichtspunkt überhaupt kein Günstigkeitsvergleich angestellt werden, der Günstigkeitsgrundsatz tritt hinter die Arbeitnehmerschutzbestimmungen zurück 4).

3.3.3 Vergleichsmöglichkeiten und deren Grenzen

Die Frage, ob im konkreten Fall der Einzelarbeitsvertrag den AN gegenüber der gesamtarbeitsvertraglichen Regelung begünstigt oder nicht, hängt ab von der zur Beurteilung herangezogenen Vergleichsart.

---

1) Auch durch höhere Löhne kompensierte Ferien haben mit "Günstigkeit" nichts zu tun, abgesehen von Art. 329 d Abs. 2 OR, der das Abgeltungsverbot expressis verbis enthält. Wohl schon wegen Verletzung elementarer arbeitsrechtlicher Grundsätze wären solche Vereinbarungen (ohne gesetzliche Grundlage) unzulässig, vgl. auch Schweingruber-Bigler, Kommentar, GAV 1972 S. 60

2) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm.241 zu § 4 TVG

3) Diese Ueberlegung hebt v.a. Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 433 hervor, Schichtel W., Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten S. 21

4) Gleiches gilt auch für das Verbot der Schwarzarbeit, Art. 321 a Abs. 3 OR, siehe auch Art. 329d Abs. 2 OR

Ausserhalb unserer Betrachtungen liegt derjenige Fall, wo die einzelarbeitsvertraglich vereinbarten Abreden die als Mindestnormen gedachten Arbeitsbedingungen des GAV samt und sonders übersteigen, beispielsweise längere Ferien, höhere Stundenlöhne usw. vorsehen. Hier lässt sich die für den AN günstigere Regelung ohne Schwierigkeiten und mit Sicherheit feststellen; der Einzelarbeitsvertrag geht vor. Aehnlich problemlos lässt sich die Situation beurteilen, wenn Einzel- und Gesamtarbeitsvertrag nur in einem einzigen Punkt voneinander abweichen, indem z.B. der GAV 3, der Einzelarbeitsvertrag 4 Wochen Ferien vorsieht oder umgekehrt. Nur diese zwei Einzelbestimmungen bilden dann Gegenstand des Günstigkeitsvergleiches. Man spricht daher in der Literatur 1) voneinem sogenannten isolierten Vergleich, wenn jede einzelne Vertragsbestimmung, losgelöst von den übrigen, der entsprechenden Regelung im GAV gegenübergestellt und mit dieser verglichen wird, ungeachtet eines möglichen, von den Parteien vereinbarten oder sich aus der Natur der Sache sich ergebenden Zusammenhanges zwischen dieser Einzelbestimmung und anderen. Es gibt folglich bei der Beurteilung der Günstigkeit nach dieser Vergleichsart lediglich zwei Möglichkeiten, derart, dass entweder die einzelvertragliche Abrede, eben weil sie günstiger ist, vorgeht oder dass, wegen Verletzung des Unabdingbarkeitsprinzips durch die fragliche Bestimmung des Einzelarbeitsvertrages und der damit verbundenen Nichtigkeit, die Regelung des GAV - weil diese günstiger ist - wieder Platz nimmt. Eine solche Vergleichsart darf daher nur zur Anwendung kommen, wenn eindeutig feststeht, dass weder nach dem Willen der Parteien, noch nach der Natur der Sache ein innerer Zusammenhang zwischen einzelnen Normbestimmungen besteht.

---

1) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 433, Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 433, Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S. 83, Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm. 242 zu § 4 TVG.

Denkbar und in der Tat viel häufiger ist aber derjenige Fall, wo der Einzelarbeitsvertrag gegenüber dem GAV in verschiedenen Punkten eine andere Regelung aufweist, so dass ersterer teils günstigere, teils ungünstigere Arbeitsbedingungen enthält, gesamthaft beurteilt aber doch eine Begünstigung für den AN darstellt.

In erster Linie ist daher abzuklären, ob Art. 357 Abs. 2 OR überhaupt eine solche Kompensation zulässt. Grundsätzlich sind die Normen des GAV relativ-zwingend (zu Lasten des AN unabdingbar), sofern nicht die Parteien des GAV gemäss Art. 357 Abs. 1 OR die unabdingbare Wirkung ausgeschlossen haben; ist letzteres der Fall, so sind untertarifliche Arbeitsbedingungen in Einzelarbeitsverträgen zweifelsohne zulässig 1). Vorliegend ist jedoch die Situation nicht gleich. Es soll duch eine Kompensation unter- und übertariflicher Arbeitsbedingungen im Einzelarbeitsvertrag eine für diesen als Gesamtheit gesehene Günstigkeit hergestellt werden. Art. 357 Abs. 2 OR, "jedoch können abweichende Abreden zugunsten der Arbeitnehmer getroffen werden", besagt nicht, dass jede einzelne Abreden, um zulässig zu sein, im Verhältnis zum GAV günstiger sein muss. Vielmehr lässt sich diese Bestimmung nur so interpretieren, dass der Einzelarbeitsvertrag in seiner Gesamtheit die Rechtsstellung des AN nicht verschlechtern darf 2). Auch von der Zweckbestimmung des GAV her gesehen drängt sich eine solche Auslegung auf. Denn die einzelnen gesamtarbeitsvertraglich vereinbarten Mindestarbeitsbedingungen bilden eine Einheit, welche dem AN in ihrer Gesamtheit eine bestimmte arbeitsrechtliche Stellung sichern wollen; und gerade diese Gesamtstellung gilt es, nicht zu verschlechtern 3). Die Kompensationsmöglichkeit ist daher - entgegen Wittzack 4) - als zulässig zu erachten.

---

1) Siehe S. 29

2) Es sei auf den Art. 329e Abs. 1OR hingewiesen, wo der Gesetzgeber, allerdings im Verhältnis Gesetz - GAV, den Ausdruck "... im ganzen mindestens gleichwertig..." verwendet und damit jegliche Unklarheit aus dem Weg geräumt hat; ungenau wieder Art. 324a Abs. 4 OR:"... mindestens gleichwertig...".

3) So schon Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S.82, ihm folgend Schmidt G., Günstigkeitsprinzip S.69

4) Schweiz. Gesamtarbeitsvertragsrecht S.223

Als weitere Folge stellt sich die Frage, wie und in welchem Zusammenhang die Normen des Einzelarbeitsvertrages den gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen gegenüberzustellen sind; es geht darum, die Zusammenhänge einzelner Bestimmungen zu erkennen und anzuerkennen. Möglich wäre ein sogenannter Gesamtvergleich, bei welchem alle Bestimmungen des GAV und des Einzelarbeitsvertrages miteinander zu vergleichen wären. Ein solcher Vergleich würde aber nebst den wohl praktischen Schwierigkeiten seiner Durchführbarkeit vor allem den Parteiwillen völlig ignorieren. Denn möglicherweise würden Bestimmungen ins Gewicht fallen und auch noch ausschlaggebend sein, die in gar keinem Zusammenhang mit den anderen stehen sollen und sachgemäss isoliert betrachtet werden müssten 1); eine solche Vergleichsart ist daher abzulehnen. Lehre und Rechtssprechung 2) sind sich heute einig darüber, dass beim Günstigkeitsvergleich nur diejenigen Bestimmungen gegenüberzustellen sind, die in einem i n n e r e n, s u b j e k t i v e n o d e r o b j e k t i v e n Z u s a m m e n h a n g miteinander stehen; man spricht dann von einem sog. Gruppenvergleich 3). Ein solcher Zusammenhang lässt sich allerdings nur auf Grund einer Auslegung des Einzelarbeitsvertrages ermitteln. Ein objektiver, aus der Natur der Sache sich ergebender innerer Zusammenhang liegt dann vor, wenn eine Norm für sich allein keine selbständige Existenz hat, d.h. mit einer anderen so verbunden ist, dass beide zusammen eine vermutete rechtliche Einheit bilden 4). So kann beispielsweise bei einem Vergleich der Ferienregelung nicht

---

1) Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 434

2) Maus W., Kommentar, Anm. 134 zu § 4 TVG, Bulius D., Begünstigungsprinzip S. 89, Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht S. 726, Herschel W., Arbeitsrecht S. 43, Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 434, Urteil BAG vom 19.12.1958 in BB 1959 S. 377

3) Der Begriff ist insofern irreführend und ungenau, als man darunter auch Gruppen von Arbeitnehmern verstehen könnte; er soll jedoch in der gewohnten Formulierung hier beibehalten werden.

4) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 434

nur der Ferienlohn für sich allein mit der korrespondierenden Bestimmung im GAV verglichen werden, sondern es ist auch noch die damit zusammenhängende einzelvertragliche Regelung der Fälligkeit des Ferienanspruches und der Feriendauer in Betracht zu ziehen, sofern nicht ein anderslautender Parteiwille festgestellt wird; ein solcher wäre in jedem Fall zu beachten, denn er würde die oben angeführte vermutete rechtliche Einheit widerlegen; ein derart durch den Willen der Vertragsparteien hergestellter subjektiv-innerer Zusammenhang könnte bei einer allfälligen Günstigkeitsbeurteilung das Ergebnis entscheidend beeinflussen. Immer aber - wenn ein innerer Zusammenhang zwischen mehreren Bestimmungen des GAV oder des Einzelarbeitsvertrages besteht - ist es so, dass nur die einzelvertragliche o d e r die gesamtarbeitsvertragliche Regelung Geltung hat; ein Auswählen des AN im Sinne der "Rosinen-Theorie", wonach die jeweils günstigere Einzelnorm aus den beiden Regelungen anzuwenden sei, ist deswegen unzulässig, weil der AG die übertariflichen Arbeitsbedingungen gegen sich gelten lassen müsste, die untertariflichen aber, die gerade im Hinblick auf solch übertarifliche Arbeitsbedingungen im Sinne einer Kompensation vereinbart wurden, wegen Verstosses gegen das Unabdingbarkeitsprinzip unwirksam wären 1). Der Gruppenvergleich ist daher für alle diejenigen Fälle die einzig geeignete Vergleichsart, in denen feststeht, dass entweder nach dem Willen der Parteien oder aus der Natur der Sache ein innerer Zusammenhang unter bestimmten Gruppen arbeitsrechtlicher Bestimmungen besteht.

Aber trotz den verschiedenen Vergleichsmethoden lässt sich nicht immer mit Sicherheit feststellen, ob die einzel-

---

1) Vgl. Nikisch A., Arbeitsrecht II S.436, Schmidt G., Günstigkeitsprinzip S.72, Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm.243 zu § 4 TVG, Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht S.726, Maus W., Kommentar, Anm.133 zu § 4 TVG.

arbeitsvertragliche Vereinbarung den AN tatsächlich begünstigt 1). In einem solchen Fall (Zweifelsfall) ist die vom GAV abweichende Einzelvereinbarung unzulässig und daher unwirksam 2). Es ist nämlich davon auszugehen, dass das Wesen der Unabdingbarkeit darin besteht, die von ihr erfassten Arbeitsverhältnisse positiv zu beherrschen und dem AN Mindestarbeitsbedingungen im Sinne von Schutzvorschriften zuzusichern. Kann nun nicht mit Sicherheit gesagt werden, ob die Regelung des Einzelarbeitsvertrages eine Begünstigung des AN darstellt, so verstösst diese - weil sie vom Günstigkeitsprinzip nicht gedeckt wird und auch keine gleichwertige Regelung darstellt - notwendigerweise gegen den Unabdingbarkeitsgrundsatz; sie wird daher durch die gesamtarbeitsvertragliche Bestimmung ersetzt. Davon ausgenommen ist nur der Fall, wo die Einzelvereinbarung den AN weder begünstigt noch schlechter stellt, beide Regelungen in ihrer Gesamtheit als objektiv mindestens gleichwertig beurteilt werden müssen. Gegen die Gültigkeit solcher Vereinbarungen sind keine Bedenken zu erheben, sie sind zulässig 3). Genau dann tritt nämlich der von Firnhaber 4) beschriebene Ausnahmefall ein, wo für die Beurteilung der Günstigkeit einzig und allein die Ansicht des in Frage stehenden AN ausschlaggebend ist; er entscheidet dann frei, welche Regelung seiner Meinung nach einen Vorteil für ihn darstellt.

---

1) Für den Fall, dass Abreden den AN je nach Umständen benachteiligen oder begünstigen, vgl. hinten S.95

2) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm. 246 zu § 4 TVG, Wittzack W., Schweiz. Gesamtarbeitsvertragsrecht S. 224, Bulius D., Begünstigungsprinzip S.90, Firnhaber U Günstigkeitsprinzip S.85, Tophoven in Hueck-Nipperdey, Kommentar, Anm.93 zu § 4 TVG.

3) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm. 246 zu § 4 TVG, Nikisch A., Arbeitsrecht II S.437 Anm. 85.

4) Günstigkeitsprinzip S. 69/70.

3.3.4 Günstigkeitsbeurteilung bei zeitlich auseinanderliegenden Vertragsauswirkungen

Ob in einem bestimmten Zeitpunkt eine einzelvertragliche Regelung den AN begünstigt oder nicht, kann mit den bis anhin herausgearbeiteten Entscheidungskriterien problemlos beurteilt werden. Anders allerdings verhält sich die Situation dann, wenn auf Grundlage des Einzelarbeitsvertrages vereinbarte Arbeitsverhältnisse eine zeitliche Raffung erfahren, d.h. der AN zu verschiedenen Zeitpunkten zu verschiedenen Arbeitsbedingungen beschäftigt wird. Der AN muss z.B. während einer bestimmten Zeitspanne zu untertariflichen Arbeitsbedingungen arbeiten, welche jedoch nach bestimmtem Zeitablauf durch künftige Vorteile so aufgewogen werden, dass, gesamthaft gesehen, wiederum eine Begünstigung des AN, zumindest jedoch eine Gleichwertigkeit vorliegt. Im ersten Fall - so nehmen wir an - ist die zukünftige Kompensation im Zeitpunkt der Beurteilung der Günstigkeit schon in irgendeiner Weise wirksam, womit der AN für die zeitweilige untertarifliche Entlöhnung sofort ein "Aequivalent" erhält 1). Beispielsweise wird ihm auf Grund der vertraglichen Abmachung ein bestimmter, allerdings geringer Prozentsatz des GAV-Lohnes abgezogen und einer betriebsinternen Krankenkasse gutgeschrieben. Dadurch erhält der AN in Form einer vermögensrechtlichen "Anwartschaft" ein Aequivalent für einen möglichen Krankheitsfall 2). Auf Grund dieser Anwartschaft nun kann die Günstigkeit zu jedem beliebigen Zeitpunkt festgestellt werden, sogar dann schon, wenn der AN noch zu untertariflichen Arbeitsbedingungen leistet. Die Günstigkeit beurteilt sich also, auch bei Vornahme des Vergleichs zu verschiedenen Zeitpunkten, nicht verschieden.

---

1) Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S. 92; vgl. ebenfalls Firnhaber U., Günstigkeitsvergleich S. 76

2) Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S. 92

Anders beim zweiten Fall. Sieht der GAV beispielsweise für alle AN, unabhängig von deren Alter und Betriebszugehörigkeit (Dienstjahren), 3 Wochen Ferien vor, während der Einzelarbeitsvertrag für AN mit weniger als 5 Dienstjahren 2 Wochen und für solche mit über 5 Dienstjahren 4 Wochen Ferien vorsieht. Auch hier wird zwar zu einem späteren Zeitpunkt eine Kompensation stattfinden, jedoch weist dieselbe zur Zeit der Vornahme des Vergleichs noch keine "gegenwärtige Wirksamkeit" auf 1). Hier nun spielt die Beantwortung der Frage, wann der Günstigkeitsvergleich angestellt werden soll, eine entscheidende Rolle. In der Literatur gehen die Meinungen auseinander. Mehrheitlich wird jedoch die Ansicht vertreten, dass a l l e i n der Zeitpunkt für den Günstigkeitsvergleich entscheidend sei, an dem dieser (ohne Berücksichtigung späterer Vertragsauswirkungen) vorgenommen werde 2). Eine solche Meinung führt aber, wie leicht zu erkennen ist, zu den unbilligsten Ergebnissen und muss abgelehnt werden 3). Während den ersten fünf Jahren nämlich könnte der AN, dieser Ansicht folgend, Ferien gemäss GAV (3 Wochen) verlangen, während er nach Ablauf der 5 Jahre die einzelarbeitsvertraglich vereinbarte Feriendauer (4 Wochen) geltend machen kann. Eine solche Regelung, die zu verschiedenen Zeitpunkten verschiedene Auswirkungen hat, muss, wie schon Nikisch 4) zu Recht anführt, als verfehlt

---

1) Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S. 93

2) So Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S.431, Maus W., Kommentar, Anm. 137 zu § 4 TVG, Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm.239 zu § 4 TVG; a.M. aber: Nikisch A., Arbeitsrecht II S.436, Schmidt G., Günstigkeitsprinzip S.75

3) Abzulehnen ist ebenfalls die Meinung Wittzacks (Schweiz. Gesamtarbeitsvertragsrecht S.222), wonach die einzelvertragliche Regelung, unabhängig von einer Kompensation zu einem späteren Zeitpunkt, immer günstiger sein müsse.

4) Arbeitsrecht II S. 436

betrachtet werden 1). Vielmehr muss, analog zum Gruppenvergleich, die einzelne Vertragsregelung in ihrer u n t e r s c h i e d l i c h e n zeitlichen Auswirkung als E i n h e i t angesehen werden und so beurteilt werden 2). Es ist daher durch Vertragsauslegung zu ermitteln, ob die Kontrahenten des Einzelarbeitsvertrages gerade im Hinblick auf künftige, übertarifliche Abmachungen für den Beginn des Arbeitsverhältnisses untertarifliche Arbeitsbedingungen haben vereinbaren wollen 3). Derart wird die Beurteilung zeitlich auseinanderliegender Vertragswirkungen auf ihre "Gesamtgünstigkeit" hin ermöglicht und zwar so, dass unabhängig vom jeweiligen Zeitpunkt ihrer Vornahme, eine definitive Entscheidung jederzeit getroffen werden kann.

3.3.5 Abreden, die den AN je nach Umständen begünstigen oder benachteiligen, insbesondere Kündigungsfristen

Gewisse vom GAV abweichende einzelarbeitsvertragliche Bestimmungen können, je nach der besonderen Situation im fraglichen Zeitpunkt, den betreffenden AN entweder benachteiligen oder ihm einen Vorteil bieten. Zu denken ist hier insbesondere an Einzelabreden über Kündigungsfristen. Solche Vereinbarungen, denen je nach der konkreten Situation gegenüber dem AN (aber auch AG) benachtei-

---

1) Zur Gleichwertigkeit einer gesamtarbeitsvertraglichen mit der gesetzlichen Regelung der Feriendauer vgl. den Aufsatz in ARV 1968 S.8 ff; dort allerdings ergibt sich die Erfassung der verschiedenen zeitlichen Auswirkungen einer Kollektivvereinbarung als Gesamtheit aus dem gesetzlichen Wortlaut des Art.329e OR. Umso mehr scheint uns, dass dieses Prinzip (im Ganzen mindestens gleichwertig) auch im Verhältnis GAV-abweichende Einzelabrede bezüglich Vorschriften über Ferien Geltung haben sollte.

2) Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S.94

3) Allerdings sind der Zulässigkeit untertariflicher Vereinbarungen gewisse Grenzen gesetzt. So sollen nach Wlotzke (a.a.O.S.95) Kompensationen nicht vom zufälligen Eintritt gewisser Voraussetzungen abhängig gemacht werden, sondern nur solche Vereinbarungen sollten wirksam sein, "nach denen der AN durch eine zukünftige Kompensation mit Sicherheit oder doch mit einer an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit mehr erhält,als der Tarifvertrag ihm gewährt". Dieser Einschränkung ist vorbehaltlos beizustimmen.

ligende oder begünstigende Eigenschaften anhaften, werden gemeinhin in der deutschen Literatur als "zweischneidige Bestimmungen" bezeichnet 1). Nehmen wir oben erwähnte, für beide Seiten (AG und AN) gleichlautende Kündigungsfrist 2), die jedoch von derjenigen des GAV abweicht, so ergibt sich bezüglich der Beurteilung der Frage nach der Günstigkeit eine mehrfache Antwort, je nachdem, ob einmal die Frist beidseitig verlängert oder verkürzt wird und ob zudem der AN oder der AG kündigt bzw. diesem oder jenem gekündigt wird.

Bei einer Verlängerung der gesamtarbeitsvertraglichen Kündigungsfrist wird der kündigende AN benachteiligt, der gekündigte AG begünstigt, bzw. der gekündigte AN bevorteilt und der kündigende AG benachteiligt.

Bei einer Verkürzung der kollektivvertraglichen Kündigungsfrist hat der kündigende AN einen Vorteil, der gekündigte AG hingegen einen Nachteil, bzw. der gekündigte AN wird benachteiligt und der kündigende AG hat einen Vorteil.

Diese hier angenommene Benachteiligung bzw. Bevorteilung des kündigenden bzw. gekündeten AN (nur diese Vertragspartei interessiert uns hier) ist allerdings fraglich, d.h. sie ist sehr eng verbunden mit der jeweiligen Situation auf dem Arbeitsmarkt, ob Arbeits- oder Arbeitermangel herrscht 3); in Zeiten wirtschaftlicher Hochkonjunktur wie heute dürfte aber diese Annahme allgemein berechtigt sein. Mit entscheidend ist aber auch noch das Interesse des AN

---

1) Vgl. beispielsweise Nikisch A., Arbeitsrecht II S.435, Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S. 96.

2) Bei verschiedenen Kündigungsfristen gilt für beide die längere Frist, Art. 336 Abs. 2 OR in Verbindung mit OR 361.

3) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S.60.

an der betreffenden Arbeitsstelle. Jüngere AN beispielsweise werden in Zeiten der Vollbeschäftigung zweifellos kürzere Kündigungsfristen bevorzugen, ältere AN hingegen, die möglicherweise Mühe hätten, eine andere Arbeitsstelle zu finden, sei dies rein aus Altersgründen oder wegen der besonderen Art ihrer Beschäftigung oder weil sie nur dank langer Betriebszugehörigkeit (ohne entsprechende Ausbildung) eine gehobene Stellung innehaben, werden wohl an längeren Kündigungsfristen aus Gründen der Sicherung des Arbeitsplatzes mehr interessiert sein. Es ist also immer nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Beschäftigungsgrundlage zu entscheiden 1). Die zum Teil heute noch verbreitete Meinung2), dass längere Kündigungsfristen für den AN stets günstiger seien, darf nicht unwidersprochen bleiben. Die Ausgangslage hat sich nämlich geändert; es geht jetzt um die Beurteilung der konkret sich stellenden, heutigen Situation und um die Konfrontation mit dieser. Der Schutzzweck, der über längere Zeit (allerdings unter anderen wirtschaftlichen Voraussetzungen) allgemein längere Kündigungsfristen rechtfertigte, liegt diesen nicht mehr einseitig zugrunde. Darauf hat Schweingruber unter Bezugnahme auf die Ordnungsfunktion solcher Bestimmungen schon lange hingewiesen 3).

Die"Zweischneidigkeit" solcher von der Gesamtvereinbarung abweichender Einzelabreden (Kündigungsfristen) liegt also in einer verschiedenartigen Beurteilung der Günstigkeit

---

1) Hueck-Nipperdey-Tophoven, Kommentar, Anm. 93 zu § 4 TVG

2) Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht S. 727 Nr. 6:"Bei Kündigungsfristen kommt es z.B. nicht darauf an, ob ein Arbeitnehmer ... eine einzelvertraglich vereinbarte Kündigungsfrist, die länger als die tarifliche ist, bei günstiger Konjunktur als belastend empfindet. Massgebend ist vielmehr allein der Zweck der längeren Kündigungsfrist, ... dem Arbeitnehmer eine grössere Sicherheit seines Arbeitsplatzes zu gewähren. Eine längere Kündigungsfrist ist deshalb stets als günstiger ... anzusehen,... ".

3) Vgl. Festschrift Marbach S. 436, ebenso Kommentar GAV 1972 S. 60.

zu verschiedenen Zeitpunkten, je nach den besonderen Umständen des Einzelfalles; es kommt daher, bei objektiver Beurteilung darauf an, wie die leichtere oder schwerere Lösbarkeit des Arbeitsverhältnisses die Lage des betreffenden AN beeinflusst 1). Demnach handelt es sich grundsätzlich um eine andersartige Beurteilung des gleichen Sachverhaltes in verschiedenen Zeitabschnitten. Maus 2) fördert diese unbillige, ja unzulässige Situation noch, indem er für die Beurteilung der Günstigkeit denjenigen Zeitpunkt vorschlägt, "an dem die Kündigung ausgesprochen wird". Eine solche Lösung ist keineswegs vernünftig und überhaupt nicht vertretbar, da sie den Grundsatz der gleichen Behandlung gleicher Sachverhalte missachtet. Denn dieser gilt nicht nur für die Gesetzgebung, sondern, dem Rechtsgedanken nach, auch für die Normsetzung der Sozialpartner, unabhängig vom Zeitpunkt der Beurteilung 3); dieser grundlegende Rechtssatz muss sich aber im selben Mass auch auf die Ebene des Einzelarbeitsvertragsverhältnisses - GAV übertragen lassen. Die Günstigkeit ist unseres Erachtens, da infolge der ständig sich ändernden Beurteilung der Günstigkeit (bedingt durch den Wechsel der tatsächlichen Verhältnisse) Bestimmungen eine Zeit lang rechtswirksam, dann aber - wegen Verletzung des Günstigkeitsprinzips - wieder nichtig wären, aus Gründen der Rechtssicherheit dann zu beurteilen, an dem sie vereinbart wurden 4). Denn so sollte, da ja künftige Veränderungen der Verhältnisse bei Vertragsabschluss keine Beachtung finden, eher und sicherer festgestellt werden können, ob die einzelvertragliche Kündigungsfrist gegenüber der Kollektivvereinbarung eine Begünstigung darstellt oder nicht. Eventuell wäre sogar eine gleichwertige Regelung zuzulassen 5).

---

1) Nikisch A., Arbeitsrecht II S.436

2) A.a.O. S. 469

3) Biedenkopf K., Grenzen der Tarifautonomie S.81

4) Nikisch A., Arbeitsrecht II S.436

5) Analog der Ferienregelung Gesetz - GAV (Art. 329e OR), die wir auch auf das Verhältnis GAV - Einzelarbeitsvertrag angewendet wollen wissen.

Die herrschende Meinung bestimmt für den Fall, dass die einzelvertragliche Regelung bei zweischneidigen Bestimmungen nicht mit Sicherheit als die günstigere Vereinbarung bezeichnet werden könne, wieder die Normen des GAV gelten würden, da diese bezüglich ihrer Einhaltung als Mindestarbeitsbedingungen absolute Beachtung beanspruchen 1). Und in der Tat scheint es, dass solche Situationen ziemlich oft vorkommen, trotz der oben erwähnten zeitlichen Festlegung der Vornahme der Günstigkeitsbeurteilung beim Vertragsabschluss, womit zusätzliche Zweifelssituationen eigentlich ausgeschieden werden sollten. Um solchen der Rechtssicherheit nicht dienlichen einzelvertraglichen Abreden jedoch von allem Anfang weg entgegenzuwirken bzw. sie zu verunmöglichen, glauben wir einen Eingriff in die Individualsphäre der Arbeitsvertragsparteien, d.h. in deren Vertragsautonomie gerechtfertigt, sodass die Kollektivpartner aus vorerwähntem Grunde, aber auch zur Festlegung einer einheitlichen Ordnung im betreffenden Berufszweig absolutzwingende, nicht mehr abänderliche Kündigungsfristen festlegen können, sofern sie dies wollen. In diesem Fall scheint uns eine Durchbrechung des Prinzips, dass die Kollektivpartner keine zweiseitig-unabdingbaren(normativen) Bestimmungen aufstellen können, begründet. Die Einheitlichkeit hat dann, um mit Streiff 2) zu sprechen, den Vorrang vor dem Vorteil einzelner AN mit speziell günstigen Verträgen, wobei allerdings dieser "Vorteil" in der Mehrzahl der Fälle gar nicht feststellbar ist. Gerade darum, weil dann ohnehin nach überwiegender Ansicht die gesamtarbeitsvertragliche Regelung wieder Platz greift, soll von allem Anfang an die Befugnis zur Festlegung absolut-unabänderlicher

---

1) Statt vieler Firnhaber U., Günstigkeitsprinzip S. 83, Hueck-Nipperdey-Tophoven, Kommentar, Anm. 93 zu § 4 TVG

2) Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht S. 222, der allerdings diese Möglichkeit ganz allgemein als zulässig erachtet. Dies deckt sich nicht mit unserer Ansicht.

Kündigungsfristen den Kollektivpartnern übertragen werden. Die ganze mühsame Diskussion um die im Einzelfall bestehende Günstigkeit fällt dann zugunsten einer klaren und einheitlichen Regelung weg. Damit soll jedoch mit keinem Wort die Zulässigkeit anderer Normativbestimmungen, etwa solche über Höchstarbeitslöhne, präjudiziert werden 1).

III. ABSOLUT-ZWINGENDE NORMATIVBESTIMMUNGEN IN GAV

1. Die Vereinbarung von Höchstarbeitsbedingungen im normativen Teil des GAV, insbesondere Höchstlöhne

Der sich zur Zeit in sozusagen allen Wirtschaftsbereichen und Industriezweigen spürbar machende Mangel an Arbeitskräften 2) hat, nebst vielen anderen Begleitumständen, auch zwangsläufig zu einer Verschärfung der Wettbewerbslage auf dem Gebiet der Personalbeschaffung geführt, die ihren Ausdruck vornehmlich in der gegenseitigen Abwerbung von Arbeitskräften in allen Berufssparten durch höhere Gehaltszahlungen gefunden hat 3). Durch die zunehmende Verknappung des zur Verfügung stehenden Arbeitskräftepotentials (trotz Automation) auf der einen Seite 4), eines unaufhaltsam sich verstärkenden Arbeitsanfalls infolge stetiger Produktionssteigerung bzw. -erweiterung auf der anderen Seite, hat sich eine "imbalance" im Angebot- und Nachfragesystem auf dem betrieblichen Personalsektor eingestellt, zu deren Ausgleich die Unternehmen oft nur noch als einzigen Ausweg zur Arbeitskräftebeschaffung die Ueberbrückung dieser "Notstandsituation" mittels

---

1) Siehe S. 100
2) 1972 hatte es in der Schweiz Ende März 186 Ganzarbeitslose gegenüber 3950 offenen Stellen gegeben, vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1972 S.369
3) Für Einzelheiten vgl. Barrot A., Die Abwerbung von Arbeitskräften, Diss. Bern 1973
4) Vgl. etwa NZZ Nr.309 vom 7.Juli 1973 S.3: Perspektiven des Arbeitskräfteangebots in der Schweiz, NZZ Nr. 336 vom 23. Juli 1973 S.6: Missverhältnis zwischen Arbeitskräften und Produktionseinrichtungen.

übertriebener und übersetzter Lohnangebote wettzumachen versuchen 1). Dass ein solches Vorgehen sehr viele sozial- wie lohnpolitisch unerwünschte Miterscheinungen nach sich zieht (zu denken wäre etwa an innerbetriebliche Konfliktsituationen zwischen langjährigen betriebstreuen AN mit konstanten, aber nur mässig steigenden Lohnerhöhungen und jüngeren, neueingestellten AN mit weit höheren, in keinem Verhältnis zu Alter, Betriebszugehörigkeit und Arbeitseffizienz stehenden Gehältern, was zweifellos dem innerbetrieblichen Arbeitsklima nicht besonders förderlich sein dürfte), sei nur am Rand des komplexen Problems erwähnt.

Zur Eindämmung bzw. in-den-Griff-Bekommen solch wirtschafts- wie sozialpolitisch unliebsamer, konjunkturellbedingter Auswüchse auf dem personellen Arbeitsmarkt ist der etwa hörbare, durchaus verständliche Vorschlag zur Bekämpfung solch unerwünschter Marktsituationen mittels sog. absolut unabänderlicher (normativer) Höchstarbeitsbedingungen, insbesondere auf dem Lohnsektor durch Festsetzung eines einheitlichen, nach unten wie nach oben

---

1) Bekannt ist auch die Anstellung von sog. Akkordgruppen (Gruppenakkord), die eine von mehreren AN zu verrichtende Arbeit gemeinsam erledigen (z.B. Gipser, Plattenleger usw.). In kürzester Zeit, unter Aufwendung beträchtlicher Ueberstunden, wird die Arbeit "hingeschmissen", in einem für die Gesundheit unverantwortlichen Mass und Rhythmus, jedoch bei entsprechender Entlöhnung. Nach Abschluss der Arbeit folgen Freitage zur (dringend notwendigen) Erholung. Eine solche Arbeitsweise diskriminiert die Löhne der im normalen Anstellungsverhältnis beschäftigten AN auf schärfste Weise und wirkt sich zweifelsohne schädlich auf die entsprechenden Berufskreise aus.

fest begrenzten Lohnsystems 1) nicht schlechthin von der Hand zu weisen, ohne sich zuvor ein genaues Bild über die rechtliche Zulässigkeit solch wirtschafts- wie verbandspolitisch nicht unbedeutender Eingriffe der Kollektivpartner in ein liberal verstandenes Marktwirtschaftssystem gemacht zu haben.

Ausgangspunkt unserer Betrachtungen ist die gegenwärtige, heute geltende Rechtsordnung. Danach stehen rechtstechnisch die folgenden Vereinbarungsmöglichkeiten von Höchstarbeitsbedingungen zur Verfügung und Diskussion 2):

---

1) V.a. Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S.59 ff, derselbe in Festschrift F.Marbach S.435 ff, Streiff U.,a.a.O. S.222. In Deutschland Zigan-Sabin, Kommentar, Anm.5 zu § 4 TVG (wonach, entgegen der herrschenden Meinung, solche Vereinbarungen nicht gegen § 4 Ziff. 3 TVG verstossen); die Möglichkeit de lege ferenda oder für wirtschaftliche Krisensituationen in Betracht ziehend Molitor E., BB 1957 S. 87 III a:"Es erscheint auch vom rechtspolitischen Standpunkt aus zweckmässig, die Vereinbarung von Höchstarbeitsbedingungen mindestens für den Fall nicht auszuschliessen, dass dadurch Missstände bekämpft werden sollen", Nikisch A., BB 1963 S.1253:"Auch im Zeichen des freiheitlichen sozialen Rechtsstaates könnte einmal der Fall eintreten, dass die individuelle Vertragsfreiheit sich Beschränkungen gefallen lassen muss, die nicht dem Schutz des AN dienen ...", Gamillscheg F., BB 1967 S.51: "Ob es so selbstverständlich ist, dass die Vereinbarung von Höchstarbeitsbedingungen unzulässig ist, ... ist m.E. noch offen". Biedenkopf K., Grenzen der Tarifautonomie S.78 (allerdings einschränkend auf den Werktarif): "Ich sehe keinen Grund, warum es nicht zulässig sein sollte, in einem auf einen Betrieb beschränkten Tarifvertrag die von Unternehmern praktizierte Gleichmässigkeit der Entlohnung unter Umständen tarifvertraglich zu vereinbaren"... und damit oft einzelvertragliche Abreden auszuschliessen. S.81: "Ich halte es nicht für zweckmässig, solche Regelungen unter Berufung auf die Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer generell unmöglich zu machen".

2) Abgesehen wird hier von evtl. gesetzlichen Lohnstoppbestimmungen oder Lohnstopps, die auf privater Ebene zustandekommen, vgl. zum ersteren Böhler E., Schweiz. Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik 1950 S. 97 ff(Stabilisierungsabkommen vom 10.2.1948), zum letzteren den Aufsatz von Herschel W., in DB 1960 S.292 und die Entgegnung darauf von Denecke J., daselbst S.668.

1) N o r m a t i v e Fixierung von z.B. Höchstlöhnen, wobei bei Verstoss (Gewährung höherer als die vereinbarten "Maximallöhne") die Rechtsfolgen des Art. 357 Abs. 2 OR eintreten,

2) S c h u l d r e c h t l i c h e Abreden über die Berücksichtigung bzw. das Nichtüberschreiten der abgemachten GAV-Lohnbestimmungen (Ansätze oder Spannen)

   a) zwischen den vertragsschliessenden GAV-Parteien, mit Einwirkungspflicht gemäss Art. 357a Abs. 1OR, allenfalls bei verschuldetem Nichterfüllen mit den Folgen der Art. 97 ff OR,
   b) auf Arbeitgeberseite mittels Beschlüssen des Arbeitgeberverbandes (unter Androhung interner verbandsrechtlicher Massnahmen bei Zuwiderhandeln),
   c) zwischen einzelnen Arbeitgebern des Verbandes (bei Nichtbeachtung der Vertragsabmachungen siehe oben 2a),

3) E m p f e h l u n g e n der AG-Vereinigung an ihre Verbandsmitglieder, keine übertariflichen Löhne zu zahlen oder bei deren Gewährung gewisse (vernünftige) Grenzen zu beachten oder dieselben nur unter bestimmten Voraussetzungen zu vereinbaren (unter Verzicht auf Zwangsmassnahmen gegen die wider die Empfehlung handelnden AG).

Durch das Aufzählen der verschiedenen, rechtstechnisch möglichen Arten zur Vereinbarung von Höchstarbeitsbedingungen ist aber noch nichts über die bedeutend schwieriger zu beantwortende Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit solcher Abmachungen ausgesagt.

Zur Lösung dieses Problems muss direkt auf die Kernfrage Nummer eins losgesteuert werden, die heisst: ist das

Günstigkeitsprinzip beim GAV ein unumstösslicher, zwingender Rechtssatz, welcher a) die normative Vereinbarung von Höchstarbeitsbedingungen ausschliesst und b) auch sonst irgendwelche Bestimmungen, welche die Vereinbarung von Höchstarbeitsbedingungen zum Gegenstand haben, als unwirksam erklärt. Für die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit normativer Höchstarbeitsbedingungen ist ohne Zweifel auszugehen von Art. 357 Abs. 2 OR: "Abreden zwischen den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die gegen die unabdingbaren Bestimmungen verstossen, sind nichtig und werden durch die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages ersetzt; jedoch können abweichende Abreden zugunsten der Arbeitnehmer getroffen werden." Diese Gesetzesvorschrift soll folgend auf ihre Entstehungsgeschichte und ihre Zweckbestimmung, der ratio legis hin untersucht werden.

1.1 Entstehungsgeschichte des Art. 357 Abs. 2 OR

Der in Art. 357 Ziff. 2 OR aufgestellte Rechtssatz fand erstmals durch Art. 323 OR/F 57 im Jahre 1957 Aufnahme in unser Obligationenrecht, als die beiden einzigen Bestimmungen über das GAV-Recht, nämlich die Artikel 322 und 323 des OR von 1911 1) über Abschluss und Wirkung der GAV, aufgehoben und durch sieben neue Artikel ersetzt wurden. Trotzdem wurde es in der Literatur 2) schon vorher mehrheitlich anerkannt, sofern nicht ein entsprechender Wille der Kollektivpartner zum Ausdruck kam, die Arbeitsbedingungen als Höchstarbeitsbedingungen gelten lassen zu wollen, womit auf der Basis des Einzelarbeitsvertrages nichts "günstigeres" mehr zwischen AN und AG

---

1) BS 2 S. 263

2) Vgl. statt vieler: Thalmann-Antenen, Die Allgemeinverbindlichkeit der Gesamtarbeitsverträge S. 94/95.

vereinbart werden konnte. Die Parteien des GAV waren also bezüglich der Entscheidung, absolut-zwingende Normen aufzustellen, nicht durch das Gesetz beschränkt 1). Allerdings wurde von dieser Möglichkeit kaum je Gebrauch gemacht; sie war in der Praxis nicht aktuell.

Diese von der Rechtslehre anerkannte Befugnis der GAV-Parteien zur Aufstellung von unabänderlichen Höchstarbeitsbedingungen fand ihren Niederschlag auch in den "Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit" von 1950 2). Unter dem Titel "Freiheitliche Ausgestaltung des Entwurfes" heisst es dort zu Ziffer 3 (S.19): "Soweit möglich, sieht der Entwurf Bestimmungen vor, von denen die Parteien abweichen können, wenn sie dies wünschen. So ist es den Vertragsparteien anheimgestellt, ... die Anwendbarkeit des sogenannten Günstigkeitsprinzips auszuschliessen ...".

Ueber diese Rechtslage wären weitere Erörterungen müssig; sie ist klar und verständlich. Auffallend ist nun aber, dass die Botschaft zum Entwurf eines BG über den GAV und dessen AVE vom 29.1.1954 3) diese Rechtsbefugnis der GAV-Parteien mit keinem Wort mehr erwähnt und dass auch in der endgültigen Fassung der Bestimmung (Art. 323 OR/F 57) davon nicht mehr die Rede ist 4). Daraus lässt sich der berechtigte Schluss ziehen, dass das Günstigkeitsprinzip

---

1) Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 6 zu Art. 323 OR

2) Herausgegeben vom BIGA, Bericht und Gesetzesentwurf, Dezember 1950, vgl. dort S. 20/38

3) BBl 1954 I S. 125

4) Der Grund dafür: im Vernehmlassungsverfahren wurde die Möglichkeit des Ausschlusses des Günstigkeitsprinzips von verschiedener Seite beanstandet. Die Expertenkommission wurde daher mit deren Streichung beauftragt. Die so geänderte Fassung fand dann Aufnahme ins Gesetz, nachdem sie in den parlamentarischen Beratungen kein Anlass zu Bemerkungen gegeben hatte, vgl. ARV 1960 S. 134/135.

nicht (mehr) durch die Aufstellung normativ wirkender Höchstarbeitsbedingungen beseitigt werden kann bzw. solche zwischen den Sozialpartnern vereinbarte Abreden mit Wirkung für die unterstellten Arbeitsverhältnisse wegen der Art. 357 Abs. 2 OR widersprechenden Folge keine rechtliche Wirkung erlangen können; denn im Verhältnis zum zwingenden Recht des Bundes gehen Bestimmungen des GAV nur dann vor, wenn sie für den AN günstiger sind und sich zudem aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt (Art. 358 OR). Diese Voraussetzungen sind hier aber nicht erfüllt.

1.2 Zweckbestimmung des GAV-Rechts allgemein und des Art. 357 Abs. 2 OR im besonderen

Ob die Entstehungsgeschichte allein schon einen solchen Schluss (Unzulässigkeit normativ wirkender Höchstarbeitsbedingungen) zulässt ? Zumindest sollte das gefundene Ergebnis auch noch durch Uebereinstimmung mit der Zweckbestimmung der in Frage stehenden Bestimmung erhärtet werden können.

Der Urgedanken kollektivrechtlicher Vereinbarungen bestand, wie die Geschichte deutlich zeigt, in der Befreiung des einzelnen AN aus seiner sozialen und wirtschaftlichen Unterlegenheit gegenüber dem "allmächtigen" AG 1). Dieser Schutzfunktion, welche nach wie vor auch entgegen anders lautenden Meinungen als Hauptaufgabe 2) des kollektiven Arbeitsrechts angesehen werden muss, kommt allerdings heute keine ausschliessliche Bedeutung mehr zu. Denn die GAV bringen auch eine gewisse Einheitlichkeit in die Rege-

1) Vgl. S. 5 ff dieser Arbeit

2) In diesem Sinne: Schichtel W., Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten S. 32, Knitter U., Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge S. 15, Nikisch A., Arbeitsrecht II S. 427, Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S. 37.

lung und Gestaltung der von ihnen erfassten Arbeitsverhältnisse mit sich in dem Sinne, dass sie allen AN gleichmässig zukommende Mindestarbeitsbedingungen garantieren 1). Man spricht dann in diesem Zusammenhang allgemein von der "Ordnungsfunktion" solcher gesamtarbeitsvertraglicher Regelungen 2).

Das Problem besteht nun in der individuellen Gewichtung dieser beiden Funktionsbereiche, d.h. in der Prioritätensetzung. Je nachdem man nämlich die Auffassung vertritt, dass der Kollektivwillen dem Individualwillen ohne jegliche Differenzierung immer und überall vorzugehen habe oder nicht, kommt man bezüglich der Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit normativ wirkender Höchstarbeitsbedingungen zu einem unterschiedlichen Ergebnis, was insbesondere entscheidend ist für den Fall, wo dem Gesetz keine Regelung über das Günstigkeitsprinzip entnommen werden kann. Dabei ist es, wie Nikisch 3) mit Recht betont, zuweilen eben auch möglich, dass auf manchen Gebieten und bezüglich mancher Fragen die Ordnungsfunktion "gleichwertig" neben die Schutzfunktion tritt. Dies trifft nämlich insbesondere für diejenigen Arbeitsbedingungen zu, die in keinem direkten oder indirekten Zusammenhang mit der Entgeltsregelung stehen und somit das auf den einzelnen AN ausgerichtete Leistungsprinzip, welches im Günstigkeitsprinzip seinen individualrechtlichen Ausdruck gefunden hat 4), in keiner Weise tangieren. Insoweit würde also

---

1) Nicht alle das Arbeitsverhältnis betreffende Bestimmungen können im übrigen unter den Begriff der "Mindestarbeitsbedingungen" subsumiert werden. Viele wirken wie "Quasi-Festbestimmungen", die nur in besonders gelagerten Einzelfällen eine abweichende Regelung zulassen. Zu denken wäre etwa an Ferienregelungen, Lohnzahlungen im Krankheitsfalle, wo eine gegenüber dem GAV abweichende einzelvertragliche Vereinbarung ohne besonders rechtfertigenden Grund eine Benachteiligung der übrigen AN darstellen würde und somit den Arbeitsfrieden gefährden könnte. Anderes allerdings gilt für Entgeltsfragen, vgl. Nikisch A., DB 1963 S.1256

2) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S.26, Barrot A., a.a.O. S.164

3) DB 1963 S.1254 ff (1256)

4) Maus W., RdA 1950 S.246

die Zulassung normativer Höchstarbeitsbedingungen auch nicht der jedem GAV immanenten Schutzfunktion zuwiderlaufen. Art. 357 **Abs.** 2 OR will nun aber - das geht aus der expressis verbis Regelung des Günstigkeitsprinzipes zweifellos hervor - die Berücksichtigung der individuellen Arbeitsleistung und sonstiger den AN betreffenden Individualsituationen auf der Grundlage des Einzelarbeitsvertrages ermöglichen und somit gleichzeitig die Bindung des Einzelnen an die kollektive Ordnung auf ein wirkungsvolles Mindestmass reduzieren; denn was der einzelne AN selbs ohne oder zusätzlich zum Kollektiv erreichen kann, soll ihm zur eigenhändigen Regelung überlassen werden (sog. Subsidiaritätsprinzip 1). Die Berücksichtigung dieser individuellen Entscheidungskriterien für eine gerechte Lohngestaltung aber wäre durch das Zulassen absolut unabänderlicher Lohnbestimmungen beeinträchtigt, zum Teil sogar nicht mehr möglich. Demzufolge konnte es keineswegs die Absicht des Gesetzgebers sein, den Sozialpartnern eine so weitgehende Befugnis zur normativen Gestaltung der unter ihren Wirkungsbereich fallenden Arbeitsverhältnisse unter Ausschluss des Günstigkeitsprinzips zu übertragen. Dafür spricht einmal dessen gesetzliche Fixierung bzw. Regelung in Art. 357 **Abs.** 2 OR 2) und die damit verbundene Anerkennung eines den Einzelarbeitsvertragsparteien vorbehaltenen Einzelrechtskreises zur Regelung und Berücksichtigung von Individualsituationen, auf die ein GAV wegen seines allgemeinen Charakters nicht eingehen kann, aber auch die primär sozialpolitische und nicht wirtschaftspolitische Zielsetzung gesamtarbeitsvertraglicher Vereinbarungen.

---

1) Näheres darüber bei Tröster K., Gestaltung des Arbeitsverhältnisses S.46, Hablitzel H., DB 1971 S.2159

2) Womit der einzelne AN allerdings noch keinen Rechtsanspruch auf übertarifliche Entlöhnung erhält; eine solche zu vereinbaren liegt grundsätzlich im Ermessen des einzelnen AG, sofern der GAV nicht beispielsweise Bedingungen enthält, bei deren Erfüllen übertariflich zu entlöhnen ist und der fragliche AN diese Voraussetzungen auch tatsächlich erfüllt.

Auch wenn sich aus dem Wortlaut des Art. 357 Abs. 2 OR "... jedoch k ö n n e n abweichende Abreden zugunsten des Arbeitnehmers getroffen werden" kein eindeutiger Hinweis entnehmen lässt, ob die Kollektivpartner das Günstigkeitsprinzip durch Aufstellen absolut unabänderlicher, normativ wirkender Arbeitsbedingungen (v.a. Höchstlöhne) ausschalten können und dies immer und überall zulässig sein m u s s, so ergibt sich ein dahingehendes Verbot für die geltende Rechtsordnung doch aus dem Sinn und Zweck der gesamtarbeitsvertraglichen Vereinbarungen im allgemeinen als auch aus der Entstehungsgeschichte des Günstigkeitsprinzips im speziellen 1).

Diesem Ergebnis widersprechen die eingangs zitierten Ausführungen Schweingrubers nicht, wie dies auf den ersten Blick erscheinen möchte 2).Denn er selbst nannte seine Ideen

---

1) Im Ergebnis ebenso: Entscheid des Bundesrates vom 5.10. 1960 in Sachen AVE des GAV für schweiz. Zivil-Herrenmassschneiderei in ARV 1960 S.133 ff, Zanetti B., SJK No. 841 Ersatzkarte S.3, Barrot A., Die Abwerbung von Arbeitskräften S. 164, Wittzack W., Schweiz. Gesamtarbeitsvertragsrecht S.219, Buchli H.P., Auslegung des Gesamtarbeitsvertrages S.87, Bigler bei Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S.99, Schmidt G., Günstigkeitsprinzip S.32; wohl auch in diesem Sinn zu verstehen Gysin A., ZbJV 93 1957 S.430, derselbe in GR 1958 S.139, Heither F.H. Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz S.103. Die deutsche Doktrin lehnt absolut unabänderliche Normen ebenfalls ab, vgl. u.a. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm. 186 zu § 4 TVG, Monjau-Heimeier, Kommentar TVG S.51, Nikisch A., RdA 1953 S.84, Maus W., Kommentar, Anm. 110 zu § 4 TVG, Neumann-Duesberg, JZ 1960 S.526, Kauffmann H., NJW 1960 S.1647, 1966 S.1683, Reuss W., AuR 1958 S.326, Küchenhoff G., AuR 1963 S.321, Kreis W., RdA 1961 S. 97, Siebert W., Festschrift Nipperdey 1955 Anm. 2 S.124, Herschel W., DB 1960 S.292, Zeuner A., DB 1965 S.630, Hölters W.,a.a.O. S.186, Nipperdey H.C. in Festschrift Herschel S.10, Biedenkopf K., a.a.O. S. 135/136.

2) Wohl aber noch diejenige in RdA 1958 S.171, wonach die Vertragskontrahenten das Recht hätten, zu erklären, "dass Abweichungen von diesen Normen überhaupt unzulässig sind". In diesem Sinne handelt es sich bei seinen späteren Ausführungen um eine deutliche Abschwächung seiner ursprünglich vertretenen Lehrmeinung. Die "alte" Ansicht Schweingrubers wird neulich wieder von Streiff U.,a.a.O. S.222, (ohne jegliche Differenzierung), vertreten mit dem Hinweis, solche Bestimmungen finde man dort,"wo nach der Ueberzeugung der den GAV abschliessenden Parteien die Einheitlichkeit den Vorrang hat vor dem Vorteil für einzelne AN mit speziell günstigen Verträgen".

für das schweizerische Gesamtarbeitsvertragsrecht "revolutionär" 1), was darauf hindeutet, dass er die geltende Rechtsordnung keineswegs verkennt und demzufolge die rechtliche Zulässigkeit normativ wirkender Höchstarbeitsbedingungen de lege lata auch nicht behaupten kann 2). Vielmehr erscheinen mir seine Gedanken in dem Sinne, dass man - de lege ferenda - gut daran beraten wäre, diese Möglichkeit ins Auge zu fassen 3). Allerdings würde dies zwangsläufig zu einer Erweiterung des Funktionsbereiches gesamtarbeitsvertraglicher Vereinbarungen führen, indem den Kollektivpartnern zur Steuerung unliebsamer, durch Konjunkturschwankungen bedingte lohnpolitische Entwicklungen ein w i r t s c h a f t s politisches Instrumentarium zur Verfügung gestellt würde. Die grösste Schwierigkeit würde sich wohl daher (abgesehen von einer teilweisen Umfunktionierung der ursprünglichen Zweckbestimmung des GAV-Rechts)4) wegen des weitgehenden Eingriffes in die individuelle Vertragsfreiheit bzw. die wirtschaftliche Integrität und der damit verbundenen weiteren Beschränkung der persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten des einzelnen AN unter Berufung auf den Ordnungszweck 5) tarifvertraglicher Norm-

---

1) Kommentar GAV 1972 S.61

2) "Würde übrigens solchen vereinbarten Höchstlöhnen die normative Wirkung abgesprochen, so ..., Kommentar GAV 1972 S.61; anders aber bei Kündigungsfristen, siehe hier S.99

3) So interpretierten v.a. Schmidt G., Günstigkeitsprinzip S.31, Tröster K., Gestaltung des Arbeitsverhältnisses S.46 und Barrot A., a.a.O.S.163 die Ausführungen E.Schweingrubers völlig verfehlt.

4) Biedenkopf K., Gutachten S.113 spricht dem Ordnungszweck keine selbständige, zuständigkeitstragende Funktion zu. Die einheitliche Ordnung typischer Sachverhalte sei keine Rechtfertigung für eine kollektive Regelung. Die Ordnungsfunktion der Regelung müsse der Erfüllung des Schutzzwecke der Koalition zugeordnet sein (sog.ancillarische Ordnungsnorm), ebenso Karakatsanis A.,a.a.O. S.109/110.

5) Immerhin will auch Biedenkopf K., Grenzen der Tarifautonomie S.77 ff (unterstützt von Nikisch A., JZ 1966 S.778), der im übrigen die zwingende Wirkung des Günstigkeitsprinzips anerkennt, dieses hinter den Ordnungszweck zurücktreten lassen, sofern aus überwiegenden Gründen ein Bedürfnis nach einheitlicher Regelung typischer Sachverhalte dies verlange.

setzung aus der inhaltlichen Ausgestaltung dieser Rechtsbefugnis ergeben, derart, ob generell oder nur in zum voraus fest bestimmten Einzelfällen (wobei die Bestimmung dieser Individualsituationen keineswegs ein leichtes sein dürfte) den Sozialpartnern die rechtliche Möglichkeit zur Aufstellung absolut zwingender Arbeitsbedingungen einzuräumen wäre. Bis dahin allerdings dürfte noch ein weiter Weg führen.

2. Zulässigkeit von Beschlüssen einer Arbeitgebervereinigung über Höchstarbeitsbedingungen?

Mit der Feststellung, dass in einem Tarifvertrag keine absolut unabänderlichen (normativen) Höchstarbeitsbedingungen festgesetzt werden können 1) ist noch keine Entscheidung darüber gefällt, ob schuldrechtliche Verpflichtungen eingegangen werden können, wonach die tarifvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen nicht überschritten werden dürfen 2).

Vorliegend geht es um die Beurteilung der Frage, ob der Arbeitgeberverband auf seine Mitglieder durch Beschluss dahingehend einwirken könne, keine höheren Löhne zu zahlen als die in den Kollektivvereinbarungen vorgesehenen, bzw. ob ein solcher Beschluss mit der Zweckbestimmung des Tarifvertragsrechts vereinbar ist 3). Denn in der Tat

---

1) Ausgenommen sind hier die "zweischneidigen" Bestimmungen, d.h. die Kündigungsfristen, die u.E. von den Kollektivpartnern absolut-zwingend gestaltet werden können.

2) Auf die einzelnen Arten schuldrechtlicher Vereinbarungen wurde bereits hingewiesen, vgl. S. 103

3) Verneint wird diese Möglichkeit u.a. von Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S.407/408, Barrot A.,Die Abwerbung von Arbeitskräften S.165, Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Kommentar, Anm. 194 zu § 4 TVG, Küchenhoff G., AuR 1963 S.321, Reuss W., AuR 1958 S.326, Maus W., RdA 1958 S.247, derselbe Kommentar TVG Anm.110 zu § 4, Wlotzke O., Günstigkeitsprinzip S.24, Butz H.,DB 1953 S.400,Kaufmann H., NJW 1966 S.1683, Schichtel W.,a.a.O.S.28,Bulius D.,Begünstigungsprinzip S.57,111, 128,Sitzler F.,Festschrift Molitor 1962 S.288,Kreis W.,RdA 1961 S.97 ff, Tröster K.,Gestaltung des Arbeitsverhältnisses S.49, Hueck-Nipperdey-Tophoven,Kommentar, Anm.86 zu § 4 TVG, etwas abgeschwächt Nikisch A.,Arbeitsrecht II S.422.

scheint dieses Vorgehen des AG-Verbandes d i e Möglichkeit zur Festsetzung von Höchstarbeitsbedingungen zu eröffnen, deren gesamtarbeitsvertragliche Regelung durch die Kollektivpartner der Gesetzgeber - zumindest normativ - durch Fixierung des Günstigkeitsprinzips gerade ausschliessen will 1). Handelt es sich hier um ein rechtlich unzulässiges Umgehungsmanöver ?

Je nach der inhaltlichen Ausgestaltung des Verbandsbeschlusses ist dessen Intensität auf die verbandsexterne Bewegungsfreiheit des einzelnen Mitgliedes, d.h. auf dessen individuellen Gestaltungsraum ohne zwangsläufig gegen das verbandsinterne Recht zu verstossen, stärker oder weniger stark. Für den hier zur Diskussion stehenden Fall fallen Beschlüsse des Arbeitgeberverbandes des Inhalts ausser Betracht, wonach den Mitgliedern untersagt ist, den AN allgemein, also ohne Berücksichtigung der persönlichen Leistung oder anderer Individualsituationen, übertarifliche Löhne zu zahlen bzw. gewisse angemessene Grenzen bei der Vereinbarung solch übertariflicher Löhne einzuhalten. Damit soll lediglich unterstrichen werden, dass durch das Günstigkeitsprinzip eine bessere Arbeitsleistung grosszügiger, also höher als nach dem jeweiligen 2) GAV entlöhnt werden k a n n, dass es aber nicht allgemein, weder verbandspolitisch gesehen noch aus volkswirtschaftlich Erwägungen heraus von Interesse sein kann, wenn jeder AN "prinzipiell" einen höheren als den gesamtarbeitsvertraglich fixierten Lohn erhält. Dies entspricht im übrigen auch dem Sinngehalt des Art. 357 Abs. 2 OR, der lediglich besagt, dass die Tarifsätze zwingend einzuhalten sind,

---

1) Ob zwischen den Kollektivpartnern im GAV fixierte, also schuldrechtlich wirkende Vereinbarungen über Höchstarbeitsbedingungen zulässig sind, oder ob jede schuldrechtliche Vereinbarung, deren "normatives Spiegelbild" (wie im vorliegenden Fall) unzulässig ist, wegen Umgehung dieses Verbots der normativen Gestaltung ebenfalls unzulässig ist (so Hölters W.,a.a.O. S. 47 die Lehrmeinung Nipperdeys interpretierend), wird später (vgl. S.122) abgeklärt.

2) Auf diese Nuanzierung macht Hölters W., a.a.O. S.176 unter Bezugnahme auf Etzel G., AuR 1969 S.257 (261) besonders aufmerksam.

nicht aber, dass eine Pflicht des AG gegenüber seinen AN (ohne anderweitige Bestimmungen im GAV selbst) zur Gewährung übertariflicher Arbeitsbedingungen besteht. Solche Vereinbarungen sind, da sie nichts anderes als eine sinngemässe Wiedergabe des Art. 357 Abs. 2 OR darstellen, rechtlich unbedenklich und bedürfen keiner weiteren Ueberprüfung 1).

Die Argumente der Gegner von Verbandsbeschlüssen nun, wonach die Mitglieder a n g e w i e s e n werden, den Tariflohn oder andere kollektiv vereinbarte Arbeitsbedingungen nicht zu überschreiten, sind trotz der Vielfalt kanalisierbar. So sollen derart vereinbarte Höchstarbeitsbedingungen nicht nur die tarifvertragliche Friedens- und Durchführungspflicht verletzen 2), sondern auch gegen das Prinzip der tariflichen Loyalität verstossen, wonach eine verbandsinterne Handhabung nicht im Gegensatz zu dem stehen kann, was verbandsextern nach tarifrechtlichen Normen nicht rechtens sein kann. Denn nach dem Prinzip der Homogenität von Verbandsexternum mit Verbandsinternum sei verbandsintern eine andere, das Begünstigungsprinzip beseite schiebende Beschlussfassung, die Vergütung als Höchstsätze zu behandeln, rechtsunwirksam 3). Wlotzke 4), endlich folgert die Unwirksamkeit solcher Verbandsbeschlüsse aus der Handlungsfähigkeit des Verbandes und ihrer Grenzen. Durch eine Beschränkung oder einen Ausschluss des Günstigkeitsprinzips mittels verbandsinterner Höchstnormenbeschlüsse "überschreitet er die ihm vom Recht

---

1) Solche Vereinbarungen werden übrigens u.a. auch von Nikisch A., Arbeitsrecht II S.422, derselbe DB 1963 S.1257 und Denecke R., DB 1960 S.668 als rechtlich zulässig erachtet.

2) Vgl. statt vieler Maus W., Kommentar, Anm.110 zu § 4 TVG

3) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 408, derselbe Kommentar Hueck-Nipperdey-Tophoven, Anm.78 zu § 4 TVG mit dem nicht zum Vergleich geeigneten Beispiel, dass ein Verbandsbeschluss, der den Mitgliedern gebiete, "untertarifliche" Löhne anstelle der gesamtarbeitsvertraglich vereinbarten zu bezahlen, unwirksam sei.

4) Günstigkeitsprinzip S.25, ähnlich Kreis W.,RdA 1961 S.100, Schichtel W., Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsverhältnissen S.25.

gesetzten Schranken seiner Lebenssphäre". Ausserhalb der ihm von der Rechtsordnung begrenzten Lebenssphäre sei der Verband aber nicht handlungsfähig.

Alle diese Ueberlegungen vermögen aber nicht zu überzeugen. Weshalb wohl soll ein solcher verbandsinterner Höchstnormenbeschluss gegen die jedem Tarifvertrag immanente Friedens- und Durchführungspflicht (Einwirkungspflicht) verstossen ? Besteht denn überhaupt eine (schuldrechtliche) Verpflichtung des vertragsschliessenden Arbeitgeberverbandes gegenüber dem Kollektivpartner, keine verbandsinternen Abmachungen zu treffen, welche die Vereinbarung übertariflicher Arbeitsbedingungen auf der Ebene des Einzelarbeitsvertrages einschränken oder sogar verunmöglichen ? Ein derart gestaltetes tarifrechtliches Verbot kann dem Begriff und der gesetzlichen Ausgestaltung der GAV nicht entnommen werden: dies wäre schlicht eine "Relativierung". Vielmehr handelt es sich bei solchen Beschlüssen, wie Zeuner 1) mit Recht ausführt, um ein "Internum" der Arbeitgeberseite, das die Tätigkeit der Gewerkschaft unberührt lässt und dem AG-Verband die Möglichkeit gibt, bestimmte Richtlinien beim Abschluss von Einzelarbeitsverträgen unter seinen Mitgliedern festzulegen. Wohl haben die Parteien des GAV nicht nur dem nachzuleben, was ausdrücklich in der Kollektivvereinbarung geregelt wurde. Die Friedenspflicht verpflichtet sie zusätzlich, "im Rahmen des nach Treu und Glauben zu Erwartenden sich für die Erreichung des Vertragszweckes einzusetzen" 2). Das will insbesondere besagen, dass der Abschluss eines Tarifvertrages die Sozialpartner gegenseitig verpflichtet, alles in ihren Kräften stehende zu tun, bzw. zu unterlassen, was für die Verwirklichung der Bestimmungen der Kollektivvereinbarung - in Uebereinstimmung mit der gesetzlichen Ordnung - förderlich bzw. schädlich sein könnte. Darüber hinaus wäre insbesondere im

---

1) DB 1965 S.631, ähnlich auch Courth P., Günstigkeitsprinzip S.109.

2) Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 50 zu Art. 322 OR

Hinblick auf solche Beschlüsse denkbar und rechtstechnisch durchaus möglich 1), dass zwischen den Tarifpartnern eine schuldrechtliche Regelung derart getroffen würde, gegenüber den Normen des Tarifvertrages keine Höchstbedingungen zu vereinbaren, d.h. Höchstarbeitsbedingungen auszuschliessen. Ein entgegenstehender AG-Verbandsbeschluss wäre dann, wenn auch nicht nichtig, so doch zumindest Anlass zu einer Einwendung. Darin zeigt sich vor allem die unterschiedliche Wirkung zwischen normativer und schuldrechtlicher 2) Festsetzung von Höchstarbeitsbedingungen, indem erstere eine vollkommene Beschränkung der individuellen Vertragsfreiheit darstellt, da abweichende Vereinbarungen überhaupt keine Rechtswirksamkeit erlangen können (Art. 357 Abs. 2 OR), während letzterer insofern keine unmittelbare Bedeutung zukommt, als der AG auch wider die vertragliche Abmachung rechtsgültig übertarifliche Arbeitsbedingungen vereinbaren kann. Art. 357a OR verpflichtet nun aber den Arbeitgeberverband einzig darauf hinzuwirken, dass seine Mitglieder die Mindestarbeitsbedingungen (natürlich auch die übrigen Bestimmungen der Kollektivvereinbarung) gegenüber den von ihnen beschäftigten AN einhalten. Aus dem Charakter der Tarifbestimmungen als Mindestarbeitsbedingungen kann jedoch keine Verpflichtung des AG zur Bezahlung übertariflicher Löhne abgeleitet werden, wie wenig denn auch der AN, der eine offensichtlich "übertarifliche" Arbeitsleistung erbringt, keinen Rechtsanspruch auf übertarifliche Bezahlung geltend machen kann. Eine solche Verpflichtung des AG bzw. ein solcher Anspruch des AN ergibt sich auch nicht aus dem in Art. 357 Abs. 2 OR zwingend angeordneten Günstigkeitsprinzip. Dieses ermöglicht einzig die Vereinbarung günstigerer Abreden und erfasst nur von den GAV-Parteien

---

1) Vgl. Molitor E., BB 1957 S. 86

2) Sei dies nun durch Beschluss des AG-Verbandes, durch Vertrag zwischen einzelnen Mitglieder des AG-Verbandes oder durch Vereinbarung der Sozialpartner im GAV.

mit n o r m a t i v e r Wirkung ausgestattete Bestimmungen. So wenig für den einzelnen AG also eine Pflicht zur Vereinbarung übertariflicher Arbeitsbedingungen besteht, so wenig besteht für den Arbeitgeberverband eine schuldrechtliche Verpflichtung, in dem Sinne auf seine Mitglieder einzuwirken, dass diese mit ihren AN bessere Arbeitsbedingungen, hier also höhere Löhne vereinbaren; solche Abreden bleiben allein der Regelungsbefugnis des einzelnen AG überlassen. Anderes gilt nur dann, wenn unter den Sozialpartnern für eine überdurchschnittliche Leistung eine übertarifliche Entlöhnung vorgesehen wurde. In diesem Fall nämlich hat eine solche Bestimmung normativen Charakter und der einzelne AN kann seinen Rechtsanspruch nur bei einer selbstverschuldeten Verschlechterung seiner Arbeitsleistung verlieren 1).

Aus all diesen Ueberlegungen ergibt sich, dass wegen Verletzung der tarifrechtlichen Friedens- bzw. Einwirkungspflicht bei einem vom AG-Verband gefassten Beschluss über Höchstarbeitsnormen dieser nicht als unwirksam erklärt werden darf.

Aber auch die anderen vorgebrachten Einwände gegen die Zulässigkeit von Höchstnormenverbandsbeschlüssen können nicht gehört werden. Nipperdeys Prinzip der Homogenität von Verbandsinternum und Verbandsexternum 2), welches Kreis 3) hinsichtlich Wirkungsbereich einschränkender in dem Sinne verstanden wissen will, dass die den Sozialpartnern übertragene A u f g a b e d e r L o h n g e s t a l t u n g diese sowohl nach aussen als auch nach innen binde, findet im Gesamtarbeitsvertragsrecht keine

---

1) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 412, derselbe Grundriss des Arbeitsrechts S. 242.

2) Grundriss des Arbeitsrechts S. 241

3) RdA 1961 S. 100.

Stütze. Insbesondere lässt sich dieses Prinzip nicht mit dem von Nipperdey 1) zum Beweis seiner These angeführten Beispiel erklären, wonach ein Verbandsbeschluss, der den Mitgliedern gebietet, u n t e r tarifliche Löhne zu zahlen, u.a. auch verbandsintern unwirksam sei. Aus der Nichtigkeitsfolge solcher Beschlüsse lassen sich nun gewiss keine Parallelen zu Beschlüssen, keine übertariflichen Arbeitsbedingungen zu gewähren, ableiten 2). Denn auch nach der hier vertretenen Auffassung erlangt der erstgenannte AG-Verbandsbeschluss keine Rechtswirksamkeit. Das allerdings ergibt sich aber nicht, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag, aus Art. 357 Abs. 2 OR. Denn der Wirkungsbereich dieser Bestimmung beschränkt sich einzig auf Abreden "zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern", wogegen wir es hier mit "einseitigen" Vereinbarungen der AG-Tarifvertragspartei zu tun haben. Vielmehr widersprechen solche verbandsinterne Beschlüsse der einzelarbeitsvertraglich übernommenen Verpflichtung des AG zur Zahlung des durch den GAV als integrierenden Bestandteil eines jeden Anstellungsverhältnisses bestimmten Mindestlohnes (vgl. Art. 322 Ziff. 1 OR). Durch Beschlüsse dieser Art würden also die Verbandsmitglieder dazu angehalten, einer Verbindlichkeit nicht nachzukommen, zu welcher sie sich durch den Abschluss des Einzelarbeitsvertrages verpflichtet haben; ihr Ziel wäre demzufolge die eigentliche Vertragsverletzung, sozusagen "Anstiftung" zur Schlecht- bzw. Nichterfüllung. Derart gestalteten mehrseitigen Rechtsgeschäften, zu welchen der Beschluss zu zählen ist, will, darf und kann die Rechtsordnung keine Wirksamkeit verleihen. Dazu kommt noch, dass in solchen Beschlüssen auch eine Verletzung der tarifrechtlichen Einwirkungspflicht des Arbeitgeberverbandes zu erblicken ist, da der Verband bewusst Vorkehrungen ge-

---

1) Lehrbuch II S. 408

2) Darauf hat Dietz R., DB 1965 S.596 mit aller Deutlichkeit hingewiesen.

troffen hat, die zur Nichteinhaltung der GAV-Bestimmungen durch die Verbandsmitglieder führen müssen. Dies ist aber insofern irrelevant, als sich aus OR 20 bereits die Nichtigkeit solcher die Mindesttariflohnsätze zu unterschreiten gebietender Verbandsbeschlüsse der AG-Vereinigung ergibt.

Vorliegendenfalls geht es aber nicht um die untertarifliche Entlöhnung der AN, sondern gerade gegenteilig um deren tarifkonforme Entschädigung. Durch den Beschluss des AG-Verbandes, nur die Tarifsätze anzuwenden und keinen übertariflichen Lohnforderungen nachzukommen, hat derselbe weder statuten- noch gesetzeswidrig gehandelt 1). Statutenwidrig daher nicht, weil zum voraus eine entgegenstehende statutarische Bestimmung als nicht im Interesse des AG-Verbandes stehend ausgeschlossen werden darf, gesetzeswidrig deshalb nicht, weil OR 357 Abs. 2 lediglich zur Einhaltung der tarifvertraglichen Normativbestimmungen (bei Nichtigkeitsfolge abweichender, ungünstigerer Abreden zwischen beteiligten AN und AG) verpflichtet. Der Beschluss indes berührt diese Verpflichtung mit keinem Wort. Das zwingend angeordnete Günstigkeitsprinzip verbietet einzig seinen normativen Ausschluss bzw. seine normative Beschränkung, nicht aber schuldrechtliche Vereinbarungen mit derselben Zielsetzung. Das ergibt sich im übrigen aus dem Wortlaut des Art. 357 Abs. 2 OR deutlich, der sich gemäss Marginale auf die Wirkungen der Normativbestimmungen des GAV auf die beteiligten AG und AN beschränkt. Das schuldrechtliche Verhältnis unter den Sozialpartnern bzw. einzelnen AG des Verbandes untereinander wird von dieser Bestimmung nicht erfasst. Daher ergeben sich keine Bedenken gegen die Zulässigkeit von Höchstnormenverbandsbeschlüssen der AG, worin sich diese dem Verband gegenüber

---

1) Nur solche Beschlüsse sind nämlich anfechtbar, vgl. die Art. 75 ZGB (Verein) und 891 OR (Genossenschaft).

verpflichten, von der Möglichkeit der Gewährung übertariflicher Arbeitsbedingungen keinen Gebrauch zu machen. Denn noch einmal ist zu betonen, dass die Zulassung günstigerer einzelarbeitsvertraglicher Arbeitsbedingungen auf Grund des Günstigkeitsprinzips keine Pflicht zu deren Vereinbarung bzw. zur Einwirkung der Arbeitgebertarifpartei auf ihre Mitglieder zum Abschluss vorteilhafterer Anstellungsbedingungen begründet und dass sich aus der geltenden Rechtsordnung nirgends ein Prinzip der Homogenität von Verbandsinternum und Verbandsexternum im Sinne Nipperdeys und seiner Gefolgsleute finden lässt 1).

Die Zulässigkeit schuldrechtlicher Höchstnormenverbandsbeschlüsse lässt sich aber noch anders begründen. Unbestritten ist beispielsweise beim Firmenvertrag 2), dass der einzelne AG frei ist bezüglich der Entscheidung, seinen AN nur solche Arbeitsbedingungen zu gewähren, die dem Tarifvertrag entsprechen oder mit ihnen bessere Arbeitsbedingungen zu vereinbaren, wobei ihm der Widerruf dieser g ü n s t i g e r e n Einzelvertragsabreden mit den Behelfsmitteln des Vertragsrechts (Kündigung) jederzeit offen steht. Diese Vertragsfreiheit schliesst aber auch die Befugnis in sich, dass der AG beliebigen Dritten gegenüber die Verpflichtung eingehen kann, keine oder nur in beschränktem Ausmass sich haltende übertarifliche Entlohnungen in seinem Betrieb vorzunehmen 3); denn das Wesen der Vertragsfreiheit besteht u.a. in der freien Wahl des Vertragspartners und der beliebigen inhaltlichen Ausgestaltung des eingegangenen Rechtsverhältnisses innerhalb der Schranken der geltenden Rechtsordnung (Art.19 OR).

---

1) Abgelehnt wird die Lehre Nipperdeys im deutschen Rechtskreis grundsätzlich von Molitor E., BB 1957 S.85 ff, Dietz R., DB 1965 S.591 ff, Zeuner A.,DB 1965 S.630 ff,Courth P., Günstigkeitsprinzip S.98 ff (117), modifiziert von Nikisch A.,Arbeitsrecht II S.422, derselbe DB 1963 S.1257, Denecke R., DB 1960 S.668 .

2) Vgl. S.14 dieser Arbeit

3) Siehe aber Herschel W.,DB 1960 S.292,der die rechtliche Zulässigkeit solcher Lohnvereinbarungen auf privater Ebene ablehnt, da eine solche vertragliche Regelung "effektmässig" einer kollektiven Ordnung gleich oder zumindest nahe komme.Daher sollten auch die tarifrechtlichen Einwendungen gegen Höchstlöhne angewendet werden.Auf die Nichtstichhaltigkeit dieser Argumentation hat bereits Denecke R.,DB 1960 S.668 mit zutreffender Gegenbeweisführung hingewiesen.

Tritt derselbe AG nun einem Verband bei, so ändert sich diese Rechtslage nicht grundsätzlich. Nicht verständlich 1) ist daher die zum Teil vertretene Ansicht 2), die meint, den Mitgliedern eines Verbandes sei durch den Verbandsbeitritt die Möglichkeit genommen, untereinander Vereinbarungen über Höchstarbeitsbedingungen zu treffen. Das ist nicht zutreffend. Die Vertragsfreiheit bezüglich der Gestaltung des übertariflichen Raumes wird dadurch überhaupt in keiner Weise eingeschränkt, auch nicht für den Fall, dass die Tarifpartner eine Vereinbarung getroffen haben, keine Höchstarbeitsbedingungen gegenüber den Tarifnormen festzulegen. Die kollektivfreie Sphäre bleibt der beliebigen (schuldrechtlichen) Ausgestaltung geöffnet, wobei es keinen Unterschied machen kann, ob Vereinbarungen zwischen AN und AG oder nur zwischen einzelnen Mitgliedern des AG-Verbandes getroffen werden. Denn nirgends lässt sich ein Rechtsanspruch des AN zum Abschluss nur solcher Einzelarbeitsverträge ableiten, worin sich der AG verpflichtet, keine Bindungen über "nur" tarifgemässe Bezahlung seiner AN einzugehen 3). Eine solche Verpflichtung könnte allenfalls der einzelne AG im Einzelarbeitsvertrag selbst begründen, dürfte aber wegen der einseitigen Ausrichtung selten bis nie vorkommen. Wenn nun aber schon die einzelnen Mitglieder des Arbeitgeberverbandes Höchstnormenvereinbarungen untereinander treffen können und damit weder verbandsinternes- noch Gesetzesrecht verletzen, so kann es auch dem AG-Verband als solchem unbenommen sein, durch Beschluss die Verbandsmitglieder dazu zu verpflichten, ihren AN nur die gesamtarbeitsvertraglich vereinbarten Lohnsätze zu bezahlen. Eine andere Lösung hat keinen Bestand, da der Verband durch einen solchen Beschluss, entgegen Wlotzke 4),

---

1) Ebenso Molitor E., BB 1957 S.86

2) Statt vieler anderer Kreis W., RdA 1961 S.100

3) Dietz R., DB 1965 S. 596

4) Günstigkeitsprinzip S. 25

"seine ihm vom Recht gesetzten Schranken seiner Lebenssphäre" n i c h t überschritten hat. Denn es liegt weder eine Verletzung der Statutenbestimmungen vor noch ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten noch gegen das Recht der Persönlichkeit (Art. 19 Abs. 2 OR). Auch sind damit keine unabänderlichen Gesetzesvorschriften verletzt; denn das Günstigkeitsprinzip darf, wie schon des öftern betont, nur normativ nicht beschränkt bzw. ausgeschlossen werden. Insbesondere wäre auch die Feststellung Nipperdeys 1), wonach die Arbeitgebertarifpartei den Abbau übertariflicher Löhne unterstützen, ja sogar selbst betreiben könne, nicht zu verstehen, würde sich daraus nicht auch eo ipso das Recht des AG-Verbandes, ergeben, von allem Anfang an die Vereinbarung übertariflicher Arbeitsbedingungen durch einen Verbandsbeschluss auszuschliessen.

Auch unter dem hier behandelten Gesichtspunkt lassen sich also keine Gründe gegen die rechtliche Zulässigkeit von AG-Höchstnormenverbandsbeschlüssen finden. Wenn auch zuzugeben ist, dass beim Firmenvertrag und der Vereinbarung zwischen mehreren Mitgliedern des AG-Verbandes die Vertragsfreiheit des Einzelnen hinsichtlich dem Entscheid, nur die Tarifsätze zu zahlen, keinerlei Beschränkung erfährt, wogegen beim Beschluss des AG-Verbandes sich das einzelne Mitglied vielleicht sogar gegen seinen Willen und seine Ueberzeugung dem Entscheid zu fügen hat, so ist doch daran zu erinnern, dass der Beitritt zu einem Verband auf einem freiwilligen Willensentschluss des Beitretenden beruht, der (Beitritt) zum Teil die Begründung und Aufhebung von Mitgliedschaftsrechten und -pflichten auch ohne Zustimmung des betreffenden Mitgliedes nach sich zieht 2). Dazu

---

1) Lehrbuch II S. 241

2) Heini A., Die Vereine,in: Schweizerisches Privatrecht, 2. Bd. 1967 S.541/542 spricht in diesem Zusammenhang vom "sozialrechtlichen Ordnungsmechanismus", dem sich das Mitglied durch den freien Entschluss seines Beitrittes unterzogen habe. Barrot A., a.a.O. S.162: "Jeder GAV beschränkt nämlich in grösserem oder kleinerem Umfang die wirtschaftliche Freiheit seiner Mitglieder bezüglich der Möglichkeit, abweichende Vereinbarungen zu treffen".

gehört nun auch das sich Unterziehen und Fügen einem von der Mehrheit gefassten, möglicherweise auch gegen seine persönliche Auffassung gehenden Verbandsbeschluss. Zu Recht hat das Bundesgericht 1) erklärt, dass derjenige, der einem Berufsverband beitrete , um die damit verbundenen Vorteile zu geniessen, die zur Erreichung des Verbandszwecks nötige Beschränkung seiner Freiheit in Kauf nehmen müsse. "Will er dies nicht, so muss er eben dem Verband fernbleiben oder austreten".

3. Schuldrechtliche Vereinbarungen über Höchstarbeitsbedingungen zwischen den Sozialpartnern im GAV

Mit der Feststellung, dass die Vereinbarung normativ wirkender Höchstarbeitsbedingungen im GAV unzulässig sei 2), ist nicht auch zugleich die damit eng verbundene Frage beantwortet, ob Abmachungen von Höchstarbeitsbedingungen zwischen den Sozialpartnern im schuldrechtlichen Teil der Kollektivvereinbarung rechtswirksam getroffen werden können. Diese Fragestellung, keineswegs gesucht, ergibt sich insofern von selbst, als in aller Regel ein GAV sowohl einen normativen als auch einen besonders vereinbarten schuldrechtlichen Teil aufweist 3). Der obligatorische Teil des Tarifvertrages nun, in welchem die Tarifparteien normalerweise ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten begründen, der aber auch ohne speziell vereinbarte Verpflichtungen unter den Gesamtarbeitsvertragsparteien jeder Gesamtregelung immanent ist 4) und welcher im übrigen bereits

---

1) BGE 85 II 547

2) Vgl. S.100 ff dieser Arbeit

3) Klassisch allerdings das Friedensabkommen in der Maschinen- und Metallindustrie von 1937 mit keinen normativen Bestimmungen, dafür mit eingehender Verfahrensregelung bei Kollektivstreitigkeiten.

4) Oser-Schönenberger, Kommentar, Noten 16 und 40 zu Art.322 OR.

für sich allein eine gesamtarbeitsvertragliche Regelung darstellt 1), ist dadurch (negativ) gekennzeichnet, dass keine der Unabdingbarkeit der tariflichen Normsetzung entsprechende Wirkung eintritt, sondern (positiv), da ein "gewöhnliches" schuldrechtliches Verhältnis vorliegt, nur vertragliche Wirkungen unter den Abschlussparteien erzeugt werden und bei Nichterfüllung die Folgen der Art. 97 ff OR bei der fehlbaren Vertragspartei eintreten.

Die unter diesem Titel zu behandelnde Frage dreht sich also konkret darum, "ob die Tarifparteien rechtlich einwandfrei versuchen können, eine ihrer Normsetzung entzogene Gestaltung durch schuldrechtliche Tarifbestimmungen herbeizuführen" 2) oder wie Hölters 3) es formuliert, ob infolge der starken Unterordnung des schuldrechtlichen Teils "von einer notwendigen durch die Grenzen normativer Rechtssetzungsbefugnis abgesteckten Harmonie beider Teile" gesprochen werden könne (demzufolge also schuldrechtliche Umgehungsregelungen 4), die nach den Worten Herschels 5) sogar ein Bedürfnis darstellen, unzulässig sind), oder ob es sich bezüglich dieser kongruenten Grenzen lediglich um eine "autoritativ-suggestive Behauptung ohne innere Beweiskraft" handle (vereinbarte Höchstarbeitsbedingungen zwischen den Tarifparteien im GAV daher rechtlich wirksam sind).

---

1) Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S. 36

2) Mayer-Maly Th., BB 1965 S.833, zitiert bei K. Biedenkopf, Gutachten S. 125

3) A.a.O. S. 45

4) Mayer-Maly wehrtsich gegen das "Umgehungsargument", weil nur die verfehlte Annahme, man könne das Ergebnis normativer Ordnung durch vermeintlich schuldrechtliche Tarifbestimmungen anstreben, zur Umgehungsproblematik führe. Er selbst spricht von einem "materiales Verständnis des Normativen", BB 1966 S. 1069.

5) Referat 46. Deutscher Juristentag, Bd. II S.D19.

Es ist das grosse Verdienst Hölters, diesen Problemkreis, der niemals zuvor, soweit ersichtlich, unter dem Gesichtspunkt der Fragestellung: Sind die Grenzen für die normativen und schuldrechtlichen Vereinbarungsbefugnisse die gleichen ? erörtert wurde,in seiner ganzen Komplexität für das deutsche Tarifvertragsrecht in seiner Dissertation 1) aufgezeigt und nach allen Seiten durchleuchtet zu haben. Interessant ist in diesem Zusammenhang nebst dem eigentlichen Ergebnis 2) die Feststellung Hölters, die mangelhafte Aufmerksamkeit, die man beiden Teilen (normativ/ schuldrechtlich) in ihren Wechselwirkungen unter dem hier erwähnten Blickwinkel entgegenbringe, sei auf den Umstand zurückzuführen, dass allgemein das "Wesenselement und der bestimmende Faktor" der Gesamtvereinbarungen lediglich in der normativen Regelungsbefugnis erblickt würde und eine schuldrechtliche Vereinbarung in der Regel nur als "rudimentäre Annexkompetenz" erscheine 3). Dass es sich hier in der Tat nicht um eine blosse Behauptung Hölters handelt, zeigt ein Blick in die beiden wohl namhaftesten deutschen Arbeitsrechtslehrbücher, wo zu lesen ist, dass der Tarifvertrag e i n z i g der normativen Bestimmungen wegen geschlossen würde und der obligatorische Teil eine "ausgesprochene Hilfsfunktion" erfülle 4/5).

---

1) Vgl. Literaturverzeichnis

2) Die Regelungsbefugnisse im normativen und schuldrechtlichen Teil müssten "differenziert" werden. Nur diejenigen schuldrechtlichen Abreden, die den Tarifvertragsparteien dazu dienten, "den sozialen Handlungskomplex der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auszufüllen oder zu ergänzen", würden den gleichen Schranken wie die entsprechenden normativen Vereinbarungen unterliegen. Im übrigen seien schuldrechtliche Abreden am positiven Gesetzesrecht zu messen und vom dispositiven Gesetzesrecht dürften sie "bis zur Grenze, hinter der sie mit grundrechtlichen Normen oder sonstigen zwingenden Grundsätzen in Konflikt kommen, abweichen", vgl.a.a.O. S. 120

3) A.a.O. S. 44

4) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 254

5) Nikisch A., Arbeitsrecht II S.211 spricht von einer "dienenden Funktion"; nach ihm können aus diesem Grund nur schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen den Tarifpartnern nicht als Tarifvertrag angesehen werden, vgl. aber Herschel W., Referat S. D19.

Was nun die schuldrechtlichen Vereinbarungsbefugnisse der Tarifpartner im allgemeinen und die Festsetzung von Höchstarbeitsbedingungen im besonderen anbelangt, so lässt sich in der Literatur keine einheitliche Auffassung finden. Die Meinungen gehen von der Forderung einer absolut gleichen Behandlung der Regelungsbefugnisse im normativen wie obligationenrechtlichen Teil 1) über diejenigen einer weitgehenden Gleichbehandlung beider Teile bis zum Postulat der allgemeinen Vertragsfreiheit innerhalb der durch die Rechtsordnung gesetzten Schranken. Dementsprechend gehen auch die Ansichten bezüglich der rechtlichen Zulässigkeit schuldrechtlicher Höchstarbeitsbedingungen auseinander. Während die überwiegende Mehrheit des deutschen Schrifttums zwischen den Tarifpartnern im Tarifvertrag vereinbarte Höchstarbeitsbedingungen mit der eher summarischen, wenig differenzierten 2) Begründung als unwirksam ablehnt, es gehe wegen der engen Zusammengehörigkeit der beiden Teile nicht an, schuldrechtlich zu paktieren was normativ nicht rechtens vereinbart werdenkönne (nämlich der Ausschluss des Günstigkeitsprinzips), da dies einer unzulässigen Umgehung der der Tarifmacht gesetzten Grenzen gleichkomme 3), äussert Zeuner 4) gegenüber solch verein-

---

1) Insbesondere Mayer-Maly, BB 1965 S. 833, K.Biedenkopf, Gutachten S.135/136, allerdings im Verhältnis schuldrechtlich vereinbarter Tarifausschlussklauseln; das kann aber keinen Unterschied machen, da derart vereinbarte Klauseln im Prinzip Vereinbarungen von Höchstarbeitsbedingungen zu Lasten der Aussenseiter bedeuten, Biedenkopf S. 136; gegen letztere Ansicht Gamillscheg F., BB 1967 S.51,der aber auch die These als solche, schuldrechtlich könne nur begründet werden, was auch normativ vereinbart werden könne, wegen Unbegründetheit zurückweist, vgl. S. 52.

2) Anders Hölters W., S. 186

3) Vgl. v.a. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke,Kommentar, Anm.192 zu § 4 TVG, Monjau-Heimeier, Kommentar S.51, Maus W., Kommentar, Anm.110 zu § 4 TVG, derselbe RdA 1958 S.246, Herschel W., Referat 43. Juristentag,Bd. II S. D19,derselbe: Die tarifrechtliche Problematik S.39, Dietz R., DB 1965 S.594, Bulius D., Begünstigungsprinzip S.73, Firnhaber U., Günstigkeitsprinzip S.23, Schichtel W.,a.a.O. S.23, Küchenhoff G., AuR 1963 S.321, Kreis W., RdA 1961 S.97, Neumann-Duesberg, JZ 1960 S.526, Kaufmann H., NJW 1966 S.1683.

4) DB 1965 S. 631

barten Höchstarbeitsbedingungen lediglich "Bedenken" (allerdings ohne nähere Begründung)und Courth 1) endlich billigt als einziger, soweit hier festgestellt werden konnte, ohne den Umweg über Tarifausschlussklauseln zu machen, den Ausschluss des Günstigkeitsprinzips im obligatorischen Vertragsteil und damit die Zulässigkeit schuldrechtlicher Höchstarbeitsbestimmungen.

Im schweizerischen Schrifttum nun lassen sich die spärlich vertretenen bzw. geäusserten Auffassungen zu diesem Punkt auch nicht auf einen einheitlichen Nenner bringen. Während Schweingruber 2) ohne weiteres normative Höchstarbeitsbedingungen (Höchstlöhne), deren Vereinbarungsmöglichkeit im übrigen auch von Streiff 3) unter Berufung auf "Einheitlichkeit" bejaht wird, für den Fall, dass diese nicht zulässig sein sollten, schuldrechtlich anerkennen will und in seiner Ansicht von Buchli 4) unterstützt wird, halten Tröster 5), Schmidt 6), Wittzack 7) und Barrot 8) dafür, dass schuldrechtliche Abreden über Höchstarbeitsbedingungen (unter Anlehnung auf die Beweisführung deutscher Arbeitsrechtler) unter den Tarifpartnern nicht vereinbart werden können 9).

---

1) Günstigkeitsprinzip S.117, abgesehen von Zigan-Sabin,Kommentar,Note 5 zu § 4 TVG,der, da er schon normative Höchs arbeitsbedingungen zulassen will, konsequenterweise auch schuldrechtlich vereinbarte als rechtswirksam erachten muss.

2) Schweingruber-Bigler,Kommentar GAV 1972 S.61,derselbe Fes schrift Marbach S.436.

3) Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht S.222.

4) Auslegung des GAV S.87

5) Die individuelle und kollektive Gestaltung des Arbeitsver hältnisses S. 49.

6) Günstigkeitsprinzip S. 32.

7) Schweiz. Gesamtarbeitsvertragsrecht S. 219.

8) Die Abwerbung von Arbeitskräften S.164.

9) Wie weit die von Hug W.,Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen schweizerischen Demokrati S.296, allerdings in anderem Zusammenhang geäusserte Meinung, dass die Parteien "ein ganzes System schuldrechtlicher Beziehungen" in die Verträge einbauen können, auch auf Höchstarbeitsbedingungen zutrifft, ist nicht ersichtlich.

Die zur Lösung des Problems sich stellende Grundsatzfrage ist die: Gilt der das gesamte Schuldrecht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit (Art. 19 OR), welche sich aus der Rechts- und Handlungsfähigkeit ergibt und einen wesentlichen Teil der privatrechtlichen persönlichen Freiheit darstellt (BGE 80 II 39), auch auf dem Gebiet des Gesamtarbeitsvertragsrechtes und wenn ja, ergeben sich allenfalls aus der ihr von der Rechtsordnung auferlegten Beschränkung auch Auswirkungen auf die Vereinbarung von Höchstarbeitsbedingungen auf Grund des positiven Rechts ?

Die etwa vertretene Ansicht, dass die den Sozialpartnern zustehende Vertragsfreiheit eine anders geartete und damit wohl notgedrungen in der einen oder anderen Richtung beschränktere sei als diejenige der dem Individuum gemäss OR 19 zustehende, entbehrt jeder objektbezogenen Begründetheit; in der Tat eine "autoritativ-suggestive Behauptung ohne innere Beweiskraft" 1). Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der neben der Abschlussfreiheit, der freien Partnerwahl, der Freiheit der Aufhebung bzw. Abänderung des Vertrages und der Formwahl auch noch die beliebige inhaltliche Gestaltungsfreiheit umfasst 2), erfährt nur insofern eine materielle Beschränkung, als sich eine solche unmittelbar aus der gesetzlichen Fassung der Bestimmung selbst ableitet, wonach Vereinbarungen keinen Verstoss gegen das zwingende Recht, gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit darstellen dürfen (OR 19 Abs. 2). Eine weitergehende Beschränkung dieses allgemeinen Grundsatzes speziell für das Gesamtarbeitsvertragsrecht ergibt sich auch nicht, weder aus dem Wortlaut noch auf dem Wege der Interpretation aus Art. 356 Abs. 3 OR, wonach der GAV

---

1) Hölters W., a.a.O. S. 45 Herschel zitierend, aber in anderem Zusammenhang.

2) Oftinger K., Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1969 S. 1.

Rechte und Pflichten der Vertragsparteien unter sich regeln kann. Eine gegenteilige Auffassung hätte der Gesetzgeber in jedem Falle, gleichgültig ob stillschweigend oder expressis verbis, zum Ausdruck bringen müssen. Da jedoch weder das eine noch das andere der Fall ist, ergibt sich, dass die in OR 19 gewährte Vertragsfreiheit in vollem Umfang auch den Gesamtarbeitsverträgen zugute kommt, in denselben also schuldrechtliche Vereinbarungen beliebigen Inhalts getroffen werden können 1).

Es bleibt zu prüfen, ob zwischen den Tarifpartnern im GAV vereinbarte Höchstarbeitsbedingungen im Sinne von Art.1 Abs. 2 OR gegen zwingendes Gesetzesrecht verstossen. Die anderen dort aufgeführten Tatbestände können zum voraus als nicht erfüllt bereits ausgeschieden werden.

Zur Beurteilung dieser Frage müssen wir auf unsere Erörterungen über die Entstehungsgeschichte und Zweckbestimmung des Art. 357 Abs. 2 OR zurückgreifen. Aus diesen ging unzweideutig hervor, dass der Gesetzgeber den n o r m a t i v e n Ausschluss des Günstigkeitsprinzips verhindern wollte 2). Die positive Wirkung dieser Gesetzesbestimmung erfasst daher nicht schuldrechtliche Absprachen zwischen den Tarifpartnern des Inhalts, wonach die Arbeitgebertarifpartei sich der Gewerkschaft gegenüber verpflichtet, auf ihre Mitglieder einzuwirken, dass diese die Tarifsätze nicht überschreiten. Sollte dann ein AG

---

1) Im Ergebnis ebenso Oser-Schönenberger, Kommentar, Noten 15 und 33 zu Art.322 OR; auch die deutsche Lehre und Rechtsprechung räumt den Tarifpartnern im schuldrechtlichen Teil volle Vertragsfreiheit ein, ohne allerdings in jedem Falle die letzten Konsequenzen (nämlich die Zulassung schuldrechtlicher Höchstarbeitsbedingungen) zu zieh vgl.Hueck-Nipperdey-Tophoven,Kommentar,Anm.64 zu § 1 TVG Hueck-Nipperdey-Stahlhacke,Kommentar,Anm.88 zu § 1 TVG, Nikisch A.,RdA 1961 S.148, Gamillscheg F.,BB 1967 S.49, Urteil BAG in JZ 1964 S.373; abschwächend Musa W.,BB 196 S.85, der (in Anlehnung an Nikisch A., Arbeitsrecht II S.210) fordert, dass es sich um arbeitsrechtliche Pflich ten und Rechte handeln müsse, die zudem "die Durchführun des Tarifvertrages erleichtern oder seine Wirkung erweitern und verstärken". Diese Einschränkung scheint uns ni gerechtfertigt.

2) Vgl. S.104ff dieser Arbeit.

im Einzelarbeitsvertrag dies trotzdem tun, berührt dies die Verbindlichkeit der eingegangenen Verpflichtung nicht, da dieser Sachverhalt den Tatbestand des OR 20 nicht erfüllt. Der Verband kann einzig mit den statutarischen, letztlich mit den gesetzlich vorgesehenen Mitteln gegen den betreffenden AN vorgehen (Art. 357 a Abs. 1 OR). Da also der Gesetzgeber in Art. 357 Abs. 2 OR lediglich in dem Sinne eine unabänderliche Vorschrift aufstellen wollte, als Einzelarbeitsverträge, in denen übertarifliche Löhne vereinbart werden, immer rechtswirksam sein müssen, können schuldrechtliche Abreden über Höchstlöhne getroffen werden, da ein Zuwiderhandeln die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes überhaupt nicht berührt.

Daran vermag auch der Hinweis auf die enge Verbundenheit des schuldrechtlichen und normativen Teils der Kollektivvereinbarungen nichts zu ändern 1). Eine solche besteht nämlich im schweizerischen Gesamtarbeitsvertragsrecht überhaupt nicht. Auch wenn heute noch, wie Hölters 2) zutreffend bemerkt, in Deutschland der schuldrechtliche Teil als "Vehikel der Rechtsentwicklung" angesehen wird, so hat man in der Schweiz doch schon lange auf die veränderte strukturelle Wandlung dieses Teils des GAV hingewiesen 3). Und auch der Gesetzgeber hat es nicht unterlassen, dieser Entwicklung gebührend Rechnung zu tragen und bestimmt in Art. 356 Abs. 3 OR, dass Kollektivvereinbarungen, auch ohne Normativbestimmungen, unter den Begriff des GAV subsumiert werden. Die Heranziehung dieses "deutsch-

---

1) So Schmidt G., Günstigkeitsprinzip S.32/33, ohne allerdings direkt von enger Verbundenheit zu sprechen; Gamillscheg F., BB 1967 S.52, lässt den Hinweis auf diesen engen Zusammenhang, allerdings im Verhältnis normativer und schuldrechtlicher Ausschlussklauseln, auch nicht gelten.

2) A.a.O. S. 44

3) Schweingruber E., Entwicklungstendenzen, Separatabzug S.14/24, derselbe ZbJV 83, 1947 S.204, Heither F.H., Kollektives Arbeitsrecht der Schweiz S.98; neue Literatur statt vieler:Guhl-Merz-Kummer, OR S.383:"Wichtiger ist der eigentliche schuldrechtliche Teil des GAV... ."

orientierten" Argumentes taugt daher auch nicht für den Beweis der Unzulässigkeit schuldrechtlicher Höchstarbeitsbedingungen in schweizerischen GAV.

4. Empfehlungen des Arbeitgeberverbandes an seine Mitglieder bezüglich Bezahlung übertariflicher Löhne

Neben der normativen und schuldrechtlichen Vereinbarungsmöglichkeit von Höchstarbeitsbedingungen soll hier noch eine letzte, durchaus denkbare und praktisch auch leicht durchführbare Variante auf ihre rechtliche Zulässigkeit hin geprüft werden, nämlich Empfehlungen der Arbeitgebervereinigung an ihre Mitglieder, keine übertariflichen Löhne zu zahlen, bei deren Gewährung gewisse vernünftige Grenzen einzuhalten bzw. nur in ganz bestimmten Einzelfällen die Tarifsätze zu überschreiten. Solche oder ähnlich formulierte Empfehlungen, die die Beteiligten zur Nachachtung der Arbeitsbedingungen veranlassen sollen, sind in der Praxis eine häufig anzutreffende Erscheinung 1) und erfüllen, gesamthaft betrachtet, trotz ihrem unverbindlichen Charakter eine äusserst wichtige Ordnungsfunktion 2).

Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir auf den Begrif der Empfehlung zurückgehen, der jedoch mangels einer in diesem Zusammenhang vorgenommenen gesetzlichen, durch die Rechtssprechung oder die Lehre geprägten Umschreibung 3) zuerst präzisiert sein will.

---

1) Vgl. die angeführten Beispiele bei Schweingruber-Bigler, Kommentar GAV 1972 S.22 Buchst.i (recte 1!), allerdings allgemein zum Lohnwesen.

2) Aehnlich in der Wirkung etwa die Empfehlungen der Preiskontrolle (Büro L.Schürmann),die bis jetzt sehr positive Resultate gezeitigt haben.

3) Soweit hier festgestellt werden konnte,hat sich einzig Schweingruber darüber geäussert."Die Vertragsparteien habe sich in diesen Abkommen mit rechtlicher oder bloss moralischer Verbindlichkeit verpflichtet,auf ihre Mitglieder, wenn auch nur im Sinne einer Empfehlung,einzuwirken, um si zur Anwendung der Richtlinien zu veranlassen". Unter anderem Gesichtspunkt vgl. Müller B.,Die zivilrechtliche Haftung aus Empfehlung, Auskunft und Raterteilung nach schweizerischem Recht, 1934

Uebereinstimmend gehört nach deutscher Lehrmeinung 1) zum Wesensmerkmal der Empfehlung deren rechtliche U n - v e r b i n d l i c h k e i t dem Adressaten gegenüber und das ihr innewohnende Bestreben, den Willen dessen, an den sie gerichtet ist, in bestimmtem Sinn zu beeinflussen, ohne allerdings auf die Entschlussfreiheit des Empfehlungsempfängers mittels direktem oder indirektem Rechtszwang irgendwelche Einflussnahme ausüben zu können 2). Es handelt sich - etwas genauer noch - demzufolge um eine einseitige, rechtlich unwirksame (unverbindliche) Erklärung des Empfehlenden ohne rechtliche Durchsetzungsmöglichkeit und fehlender Verantwortlichkeit, wenn die Empfehlung nicht befolgt wird. Obwohl Empfehlungen trotz der ihnen nach aussen hin anhaftenden rechtlichen Unverbindlichkeit in den meisten Fällen eine sog. innere "faktische Bindungskraft" 3) auf den Empfehlungsadressaten ausüben und ihre Wirkung daher nicht unterschätzt werden darf, gehört dies nicht zur Wesenseigenschaft des Begriffes. Es handelt sich hierbei lediglich um eine mögliche Folge der Empfehlung, die aber ausserhalb der eigentlichen Begriffsfassung zu sehen ist 4).

Was nun die rechtliche Zulässigkeit solcher Empfehlungen des Arbeitgeberverbandes betrifft, herrscht in der Literatur keine grosse Uebereinstimmung. Während Hueck-Nipperdey 5) und Tophoven 6) die Frage der Zulässigkeit infolge

---

1) Pinder W., NJW 1958 S.579, Paul W., DB 1958 S.1319, Lutz H., NJW 1958 S. 128

2) Vgl. dazu das Urteil BGH vom 14.1.1960 in NJW 1960 S.723 über Umgehungsmöglichkeit des allgemeinen Kartellverbotes durch Empfehlung.

3) Schweingruber spricht in seinem Kommentar GAV 1972 S.23 von einer "moralischen Verbindlichkeit".

4) Kreis W., RdA 1961 S.100 Anm.53, ebenso Urteil BGH, NJW 1960 S. 723

5) Lehrbuch II S. 408/409

6) In Hueck-Nipperdey-Tophoven, Kommentar, Anm. 78 zu § 4 TVG

Unausübbarkeit jeglichen rechtlichen Zwanges überhaupt dahingestellt lassen, verneinen Wlotzke 1) und Maus 2) ohne jegliche Differenzierung die rechtswirksame Vereinbarungsmöglichkeit. Demgegenüber beanstanden Nikisch 3) und andere mehr 4) Empfehlungen des Inhalts, die Zahlung übertariflicher Löhne in vernünftigen Grenzen zu halten, mit keinem Wort, ja sie betonen sogar ausdrücklich deren rechtliche Zulässigkeit.

Die Ansicht Maus's (auch Wlotzkes) lässt sich nicht aufrechterhalten. So ist schon der Ausgangspunkt seiner Beweisführung falsch gewählt 5). Aus der Tatsache nämlich, dass seiner Meinung nach AG-Verbandsbeschlüsse über Höchstarbeitsbedingungen wegen Ueberschreiten der der Handlungsfähigkeit des Verbandes durch das Tarifrecht gezogenen Grenzen rechtswidrig seien, folgert er per analogiam, dass diesbezügliche Empfehlungen ebenfalls unzulässig sein müssen. Das ist bedenklich. Die Berechtigung, hier einen solchen Analogieschluss vorzunehmen, lässt sich nun doch nicht begründen. Denn die Forderung, die jedem Analogieschluss zugrunde liegt 6), nämlich Gleiches (Gleichwertiges) gleich zu behandeln, ist zweifellos unter Verletzung der Grundsätze der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit missachtet. Denn irgendwelche Gleichheit dieser beiden Sachverhalte lässt sich beim besten Willen nicht feststellen. Im Gegensatz zum Beschluss nämlich, der dem Verbands- und dem Gesetzesrecht unterstellt ist und mittels diesem durchgesetzt,aber auch aufgehoben werden

---

1) Günstigkeitsprinzip S. 25/26

2) RdA 1958 S. 247

3) Arbeitsrecht II S. 422

4) Denecke J., DB 1960 S.668, Schichtel W., Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten S.28, Bulius D., Begünstigungsprinzip S.133, Kreis W.,RdA 1961 S.100

5) A.a.O. S. 247

6) Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Einleitungsband, Note 348 zu Art. 1 ZGB

kann, handelt es sich bei der Empfehlung lediglich um eine einseitige, rechtlich irrelevante Willensäusserung dem Empfehlungsempfänger gegenüber, die auch unter dem Gesichtspunkt eines möglicherweise eintretenden tatsächlichen Bindungseffektes keine Rechtswirkungen zwischen Empfehlendem und Empfehlungsadressaten erzeugt; eine Verantwortlichkeit bei Missachtung der Empfehlung besteht überhaupt nicht. Hier von einer Gleichheit der Sachverhalte zu sprechen, mutet doch nun komisch an. Es ist daher auch nicht einzusehen, weshalb solche Empfehlungen des AG-Verbandes rechtlich unzulässig sein sollten, da ja überhaupt kein Rechtsgeschäft vorliegt, mithin niemand berechtigt zu fordern bzw. niemand verpflichtet zu leisten ist. Die persönliche Gestaltungsfreiheit des Einzelnen wird nämlich in keiner Weise berührt, abgesehen der hier zu behandelnde Aspekt eines möglichen normativen Ausschlusses des Günstigkeitsprinzips. Nicht einzusehen wäre aber insbesondere, dass einerseits ein Beschluss des AG-Verbandes,keine übertariflichen Löhne zu zahlen, zulässig ist, das Weniger davon, nämlich eine Empfehlung desselben Inhalts, jedoch unwirksam sein soll. Das widerspricht dem Grundsatz "a maiori ad minus" 1).

Eine andere Betrachtungsweise käme nur in Frage, wenn derjenige, welcher die Empfehlung erteilt, dadurch eine unerlaubte Handlung begehen würde; in diesem Fall wäre er für den aus der Befolgung der Empfehlung entstehenden bzw. entstandenen Schaden gemäss Art. 41 ff OR haftbar. Diese Rechtslage liegt aber bei Empfehlungen des AG-Verbandes an seine Mitglieder über Höchstarbeitsbedingungen nicht vor.

---

1) Vgl. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Einleitungsband, Note 350 zu Art. 1 ZGB

Auch nicht einzusehen ist die von Nikisch 1) vorgenommene Differenzierung in dem Sinne, als er nur Empfehlungen des Inhalts zulassen will, "die Zahlung übertariflicher Löhne in vernünftigen Grenzen zu halten" 2). Für diese einschränkende Gestaltung gibt Nikisch selbst keinen Grund an. Es dürfte in der Tat auch schwierig sein, einen solchen auszumachen. Denn wenn schon, wie gesagt, jede Empfehlung ihrem Wesen nach "nur" eine unverbindliche Erklärung (ohne weitergehende Einwirkung) darstellt, darf auch die Intensität des vermeintlichen Eingriffes in die persönliche Freiheit, die in der vorerwähnten Formulierung zum Ausdruck kommt, keine Rolle spielen, d.h. dass es also keinen Unterschied machen kann, ob die Empfehlung lautet, zahlt überhaupt keine übertariflichen Löhne oder haltet gewisse Grenzen ein bei deren Gewährung oder überschreitet die Tarifsätze nur, wenn das oder jenes vorliegt. Die Wortklauberei Nikisch's erscheint also nicht gerechtfertigt.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Empfehlungen des AG-Verbandes an seine Mitglieder, die Bestimmungen des GAV oder einzelne davon als Höchstarbeitsbedingungen zu betrachten, rechtlich unbedenklich sind 3), sofern sich die Beeinflussung so versteht, dass der Arbeitgeberverband keinen rechtlichen Zwang auf die Einhaltung ausüben kann und "zuwiderhandelnde" AG nicht zur Verantwortung gezogen werden können. Die Einwirkung muss sich also auf eine solche im moralisch-psychologischen Sinn einer Empfehlung beschränken. Dabei ist die Formulierung in der oben

---

1) A.a.O. S. 422, worin ihm kommentarlos auch Tröster K., Kollektive und individuelle Gestaltung des Arbeitsverhältnisses S. 49 und Schmidt G., Günstigkeitsprinzip S. 34 folgen

2) Arbeitsrecht II S. 422

3) Auch Barrot A., Die Abwerbung von Arbeitskräften S. 165 hält "richtungsweisende Empfehlungen" über einzuhaltende Höchstlöhne für zulässig.

erwähnten Bedeutung wegen der grundsätzlichen Unverbindlichkeit unbeachtlich.

IV. ZUSAMMENFASSUNG DER WICHTIGSTEN ERGEBNISSE

- Die Kollektivpartner sind frei und ungebunden in ihrer Entscheidung, den Bestimmungen im GAV, die den Abschluss den Inhalt oder die Beendigung der erfassten Arbeitsverhältnisse betreffen, normative d.h. einseitig-zwingende Kraft zuzulegen oder nicht. Verzichten sie aus irgendwelchem Grund auf diese Wirkung, so haben diese Bestimmungen für die Einzelarbeitsvertragsparteien die Bedeutung dispositiven Rechts. Es gibt also auch im Kollektivvertragsrecht, analog dem nachgiebigen Gesetzesrecht, dispositive Tarifvertragsnormen im Sinne von ergänzendem, ausfüllendem Recht.

- Wegen des in Art. 357 Abs. 2 OR festgehaltenen Günstigkeitsprinzips sind absolut-zwingende Normen im Sinne unabänderlicher gesamtarbeitsvertraglicher Höchstarbeitsbedingungen (z.B. Löhne, Ferien) grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bilden einzig die "zweischneidigen Bestimmungen" (Kündigungsfristen), die wegen der oftmals schwierigen, bisweilen überhaupt nicht möglichen Feststellung der effektiv günstigeren Situation im Verhältnis Einzelabrede - Kollektivvereinbarung aus Gründen der Rechtssicherheit, verbunden mit der Aufstellung einer einheitlichen Ordnung im betreffenden Berufszweig, absolut-zwingend von den Sozialpartnern vereinbart werden können, sofern sie dies beabsichtigen.

- Schuldrechtlich wirkende Abmachungen des Inhalts, keine oder nur in beschränktem Mass übertarifliche Arbeitsbedingungen einzugehen, sei dies nun mittels eines AG-

Verbandsbeschlusses, einer Vereinbarung einzelner (gleich organisierter) AG untereinander oder als Bestandteil des unter den GAV-Parteien ausgehandelten schuldrechtlichen Teils der Kollektivvereinbarung, sind rechtlich unbedenklich; sie werden weder vom Wortlaut noch vom Zweckgedanken, der ratio legis des Art. 357 OR erfasst, womit eine Kollision mit dem positiven Recht ausgeschlossen ist.

- Empfehlungen des AG-Verbandes an seine Mitglieder, die Einzelarbeitsverträge nicht, möglichst nicht oder nur in bestimmten Einzelfällen vom GAV abweichen zu lassen, sind rechtlich unverbindlich für die Adressaten und in jedem Fall zulässig. Ihre eigentliche Ausstrahlungskraft beruht auf der tatsächlichen Autorität des betreffenden Berufsverbandes gegenüber seinen Mitgliedern; allenfalls kann es sich um eine im GAV vorgesehene Form der Einwirkung handeln.

LITERATURVERZEICHNIS

1. Lehrbücher

BOBROWSKI-GAUL	Das Arbeitsrecht im Betrieb, 6 .Aufl. Heidelberg 1970, zitiert Arbeitsrecht
BUEREN, VON B.	Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Art.1-183) Zürich 1964, Besonderer Teil (Art. 184-551) Zürich 1972
ENNECCERUS-NIPPERDEY	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Erster Halbband Tübingen 1959, Zweiter Halbband Tübingen 1960, zitiert Lehrbuch I, Lehrbuch II
FLEINER, F.	Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1922
GUHL, TH.	Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels-, Wechsels- und Versicherungsvertragsrecht, 5. Aufl. Zürich 1956
GUHL-MERZ-KUMMER	Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 1972
GYSIN, A.	Arbeitsrecht mit einer Uebersicht über Lösungsversuche des Auslandes, Zürich 1943, zitiert Arbeitsrecht
HERSCHEL, W.	Arbeitsrecht, 14. Aufl, Düsseldorf 1955
HUECK-NIPPERDEY	Grundriss des Arbeitsrechts, 4. Aufl., Berlin/Frankfurt 1968
	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band 7. Aufl., Berlin/Frankfurt 1963, zitiert Lehrbuch I
	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Zweiter Band, 6. Aufl., Berlin/Frankfurt 1957, zitiert Lehrbuch II

KASKEL-DERSCH	Arbeitsrecht, 5.Aufl., Berlin/ Göttingen/Heidelberg 1957
LOTHMAR, P.	Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Band I, Leipzig 1902
NIKISCH, A.	Arbeitsrecht, Tübingen 1951
	Arbeitsrecht, Erster Band, 2.Aufl., Tübingen 1955
	Arbeitsrecht, Zweiter Band,2.Aufl., Tübingen 1959
REHBINDER, M.	Grundriss des schweizerischen Arbeitsrechts, Bern 1972
SCHNORR, VON CAROLDSFELD	Arbeitsrecht, 2.Aufl., Göttingen 1954
SCHWEINGRUBER, E.	Das Arbeitsrecht der Schweiz, Seine Gestalt und seine Gestaltung, 2. Aufl., Zürich 1951, zitiert Arbeitsrecht

2. Kommentare

DERSCH-NEUMANN	Bundesurlaubsgesetz nebst allen anderen Urlaubsbestimmungen des Bundes und der Länder, Kommentar, 4. Aufl., München 1971
GMUER, H.	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Bern 1941, zitiert Kommentar
HUECK-NIPPERDEY-STAHLHACKE	Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München/Berlin 1964, zitiert Kommentar
HUECK-NIPPERDEY-TOPHOVEN	Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl., München/Berlin 1955, zitiert Kommentar
LIVER, MEIER-HAYOZ, MERZ, JAEGGI, HUBER, FRIEDRICH, KUMMER	Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I Einleitung und Personenrecht, Bern 1966

MAUS, W.	Tarifvertragsgesetz, Göttingen 1956, zitiert Kommentar
MONJAU-HEIMEIER	Tarifvertragsgesetz, Düsseldorf-Gerresheim 1950, zitiert Kommentar
OSER-SCHOENENBERGER	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band V, 1. Teil Art. 1-183, Zürich 1928, 2. Teil Art. 184-418, Zürich 1936, zitiert Kommentar
SCHOENENBERGER-JAEGGI	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band V 1a, 3. Aufl., 2. Lieferung (Vorbemerkungen vor Art.1; Kommentar zu Art. 1), Zürich 1968
SCHWEINGRUBER, E.	Kommentar zum Dienstvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, Bern 1969
SCHWEINGRUBER-BIGLER	Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, mit Einschluss der Allgemeinverbindlicherklärung, Bern 1963, zitiert Kommentar GAV
	Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, mit Einschluss der Allgemeinverbindlicherklärung, 2.Aufl., Bern 1972, zitiert Kommentar GAV 1972
STREIFF, U.	Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht, Das Bundesgesetz über den Arbeitsvertrag, OR 319-362 mit Kommentar für den Praktiker, Glattbrugg/Zürich 1972
ZIGAN-SABIN	Tarifvertragsgesetz, Handausgabe mit Erläuterungen, Kurzkommentar, Wuppertal 1949

3. Monographien

ARX, K.	Grundsätzliche Bedenken gegenüber dem neuen Arbeitsvertragsrecht, SAGZ 1971 S. 617
BERENSTEIN, A.	Le droit de grève dans la législation suisse, WuR 1951 S. 34

BIEDENKOPF, K. Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964

Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band I, Teil 1, München/Berlin 1966 S. 97

BOETTICHER, E. Die Ausübung der Tarifmacht durch negative Inhaltsnormen, RdA 1968 S. 418

BUCHNER, H. Der Umfang tariflicher Abschlussnormen, insbesondere ihre Abgrenzung zu den Normen über betriebliche Fragen, RdA 1961 S. 208

BUTZ, H. Die rechtlichen Auswirkungen einer Tariflohnerhöhung, DB 1958, S.428

CRONE, H. Tarifvertrag und vortarifliche abweichende Einzelabmachungen, RdA 1953 S. 212

DENECKE, J. Ueber die Zulässigkeit von Lohnbegrenzungen, DB 1960 S. 668

DIETZ, R. Verbot der Verabredung übertariflicher Arbeitsbedingungen durch Beschluss eines Arbeitgeberverbandes, DB 1965 S. 591

Streik zur Durchsetzung von arbeitsvertraglichen Ansprüchen, Festschrift W. Herschel, Stuttgart 1955 S. 47

EICHHOLZER, E. Aus der Geschichte des schweizerischen Gesamtarbeitsvertrages, ZSR 83 1964 NF S. 41

ETZEL, G. Zur Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln, AuR 1969 S. 257

FOLGER, E. Verzicht auf Lohn- und Gehaltsspitzen, RdA 1953 S. 422

FREY, E. Tarifvertragliche Effektivklauseln Besprechung Urteil BAG vom 14.2.1968 in AuR 1968 S. 316

Zulässigkeit von Tarifklauseln, die übertarifliche Zuschläge garantieren, RdA 1960 S. 291

GAMILLSCHEG, F. Nochmals: Zur Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, BB 1967 S. 45

GRAMM, H. Das Ordnungsprinzip im kollektiven Arbeitsrecht, AuR 1961 S. 353

GUMBERT, J. Wirkung tariflicher Besitzstandklauseln, BB 1955 S. 27

GYSIN, A. Inhalt, Wirkungen, Anwendung und Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrages, ZbJV 93 1957 S. 417, gleicher Aufsatz in GR 1958 S.219

Zur Revision des Arbeitsrechts, ZSR 70 1951 NF S. 373

Probleme des kollektiven Arbeitsrechts, nach einem Vortrag gehalten am 12.1.1950 im Zürcher Juristenverein, Zürich 1950

Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz, RdA 1950 S. 4

HERSCHEL, W. Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Referat in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band II, München/Berlin 1967 S. D7

Die tarifrechtliche Problematik, in: Duvernell, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen Demokratie, Berlin 1968 S. 33

Die Zulassungsnormen des Tarifvertrages, RdA 1969 S. 214

Privater Lohnstop, DB 1960 S. 292

HESSEL, P. Anmerkung zum Urteil des BAG vom 1.3.1956, AuR 1956 S. 157

HILGER, M.L. Der Einfluss des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis, Referat anlässlich des 43. Deutschen Juristentages, München 1960

HUBER, H. Staat und Verbände, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Tübingen 1958

Recht, Staat und Gesellschaft, Bern 1954

HUECK, A. — Grenzen des rechtmässigen Streiks, Festschrift W. Herschel, Stuttgart 1955 S. 27, zitiert Festschrift W. Herschel

Die Zulässigkeit und Wirkung einer tariflichen Effektivklausel (Gutachten) BB 1954 S. 776

Zur kollektiven Gestaltung des Einzelarbeitsverhältnisses, Festschrift E. Molitor, München/Berlin 1962 S. 203, zitiert Festschrift E. Molitor

HUG, W. — Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und die Allgemeinverbindlichkeit, WuR 1954, S.117

Das neue Arbeitsvertragsrecht, in: "Evangelisch-soziale Warte", Organ des Schweiz. Verbandes evangelischer Arbeitnehmer, 1971 Nr.30 S. 1/2 und Nr. 33 S.1/2

Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen schweizerischen Demokratie, in: Duvernell, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen Demokratie, Berlin 1968 S. 172

JSELE, G. — Ordnungsprinzip oder Parteiwille ? Zur Rechtsnatur des Ordnungsprinzipes im Arbeitsrecht, JZ 1964 S. 113

KAEGI, W. — Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltentrennung, Festschrift H. Huber, Bern 1961 S. 151, zitiert Festschrift H. Huber

KAUFFMANN, H. — Normsetzungsbefugnis der Tarifpartner, NJW 1966 S. 1681

Der Einfluss des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis, NJW 1960 S. 1645

KREIS, W. — Die Zulässigkeit von Höchstarbeitsbedingungen, RdA 1961 S. 97

KUECHENHOFF, G. — Verbandsautonomie, Grundrechte und Staatsgewalt, AuR 1963 S.321

KUNZE, O. — Begrenzte Effektivklauseln als Arbeitsbedingungen, AuR 1969 S. 225

LANG, O. — Der Arbeits-Tarifvertrag, ZSR 28 1909 NF S. 540

LEEMANN, H. — Die rechtliche Bedeutung des Tarifvertrages, SJZ 6 1909 S. 1

MAUS, W. — Mindest- und Höchstarbeitsbedingungen in Tarifverträgen, RdA 1958 S. 241

MAYER-MALY, TH. — Leistungsdifferenzierung und Tarifmachtbegrenzung, BB 1966 S. 1067

MOLITOR, E. — Höchstbegrenzung von Tarifnormen, BB 1957 S. 85

MONJAU, H. — Zulagen bei Tariflohnerhöhungen, DB 1965 S. 1249

MUSA, W. — Der Ausschluss der Aussenseiter von tarifvertraglichen Ansprüchen, BB 1966 S. 82

NEUE ZUERCHER ZEITUNG — Perspektiven des Arbeitskräfteangebots in der Schweiz, NZZ vom 7. Juli 1973, No. 309 S. 3

Missverhältnis zwischen Arbeitskräften und Produktionseinrichtungen, NZZ vom 23. Juli 1973, No. 336 S. 6

NEUMANN-DUESBERG — Kollektivvertrag und Individualrecht, Grenzen der Kollektivmacht, JZ 1960 S. 525

NIKISCH, A. — Inhalt und Grenzen des tariflichen Günstigkeitsprinzips, DB 1963 S. 1254

Individualismus und Kollektivismus im heutigen Arbeitsrecht, RdA 1953 S. 81

NIPPERDEY, H.C. — Unzulässigkeit von Höchstlöhnen in Tarifverträgen und Tarifordnungen der öffentlichen Hand, Festschrift W. Herschel, Stuttgart 1955 S. 9, zitiert Festschrift W. Herschel

NIPPERDEY, H.C. — Mindestbedingungen und günstigere Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitsordnungsgesetz (Ordnungsprinzip und Leistungsprinzip), Festschrift H. Lehmann, Berlin 1937 S. 257, zitiert Festschrift H. Lehmann

REHHAHN, H. — Tariflöhne und Effektivklauseln, AuR 1956 S. 289

Aequivalenzprinzip und Leistungszulagen, AuR 1956 S. 37

REUSS, W. — Die Stellung des kollektiven autonomen Arbeitsrechts im Rechtssystem, AuR 1958 S. 321

RICHARDI, R. — Die arbeitsvertragliche Einheitsregelung und ihr Verhältnis zu Kollektivvereinbarungen, RdA 1965 S. 49

Die begrenzten Effektivklauseln im Tarifvertrag, DB 1969 S.1986

SALIN-BURCKHARDT — Gesamtarbeitsvertrag, Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, hrsg. von der Gesellschaft für Statistik und Volkswirtschaft, Bd. I, Bern 1955, zitiert Handbuch Volkswirtschaft

SIEBERT, W. — Kollektivmacht und Individualsphäre beim Arbeitsverhältnis, BB 1953 S. 241

Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis, Festschrift H.C. Nipperdey, München/Berlin 1955 S. 119, zitiert Festschrift H.C. Nipperdey

SITZLER, F. — Uebertarifliche Löhne und Friedenspflicht, Festschrift E. Molitor, Berlin/München, 1962 S.283, zitiert Festschrift E. Molitor

SOVILLA, K. — Das neue Arbeitsvertragsrecht, Sonderdruck aus der SAGZ 1971 S. 23

SCHMIDT, G. — Der Einfluss eines Tarifvertrages auf bestehende günstigere Abmachungen, RdA 1950 S. 337

SCHOOP, R.	Der Gesamtarbeitsvertrag, Heft 45 der sozialen Schriftenreihe des Landesverbandes freier Arbeiter, 1969
SCHWEINGRUBER, E.	Die Entwicklung des Dienstvertragsrechts durch die Gerichtspraxis, ZbJV 68 1932, S.201, 250
	Entwicklungstendenzen in der Praxis des Gesamtarbeitsvertrages, Separatabzug, aus der ZbJV 83 1947 S. 193
	Der Gesamtarbeitsvertrag; Sonderdruck aus: Neue Sozialpolitik in Gewerbe und Industrie; Band 14 der Veröffentlichungen der Schweiz. Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St.Gallen, 1951, zitiert: Der GAV 1951
	Der Gesamtarbeitsvertrag nach neuem Bundesgesetz, GR 1958 S. 169
	Das Arbeitsrecht, in: Strukturwandlungen der schweizerischen Wirtschaft und Gesellschaft, Festschrift F. Marbach, Bern 1962 S.429, zitiert Festschrift Marbach
	Das neue Arbeitsvertragsrecht, GR 1972 S. 33
SCHWEIZ. GESELLSCHAFT FUER STATISTIK UND VOLKSWIRTSCHAFT	Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Ausgabe 1955, Band I/II, Bern 1955
STAHLHACKE, E.	Die Beeinflussung der Effektivlöhne durch Tarifverträge, RdA 1962 S. 223
STATISTISCHES AMT, EIDG.	Statistisches Jahrbuch der Schweiz, Basel 1972
TOPHOVEN, E.	Verzicht auf Lohn- und Gehaltsspitzen, RdA 1953 S. 422
VISCHER, F.	Der Antagonismus zwischen Freiheits- und Sicherheitsstreben im heutigen Privatrecht, BJM 1957 S. 1
VITS, J.	Zur rechtlichen Beurteilung der sogenannten Effektivklausel, DB 1961 S. 502

VOLKSWIRTSCHAFTSDEPARTEMENT, EIDG. — Volkswirtschaft, Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz, Bd. II, Einsiedeln 1925

Die Volkswirtschaft, Wirtschaftliche und sozialstatistische Mitteilungen, Jg. 1930, 1955, 1960, 1965, 1970, 1972, zitiert Volkswirtschaft

WLOTZKE, O. — Die Auswirkung von Tariflohnerhöhungen auf vertraglich vereinbarte Löhne und Gehälter, AuR 1961 S. 67

ZANETTI, B. — Gesamtarbeitsvertrag und Allgemeinverbindlicherklärung, SJK Nr. 841, Ersatzkarte

Die Bedeutung der Gesamtarbeitsverträge und ihr Verhältnis zur Sozialgesetzgebung, WuR 1951 S.45

ZEUNER, A. — Günstigkeitsprinzip und Verbandsbeschluss zur Verhinderung übertariflicher Arbeitsbedingungen, DB 1965 S. 630

4. Dissertationen

BARROT, A. — Die Abwerbung von Arbeitskräften, in: Europäische Hochschulschriften, Bd. 60, Bern/Frankfurt 1973

BIGLER, F.W. — Die Praxis der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, Bern 1956

BUCHLI, H.P. — Zur Auslegung des Gesamtarbeitsvertrages und des allgemeinverbindlich-erklärten Gesamtarbeitsvertrages, Bern 1969, zitiert Auslegung des GAV

BULIUS, D. — Das Begünstigungsprinzip nach neuem Recht und das Verhalten der Arbeitgeberverbände gegenüber ihren Mitgliedern, Köln 1953, zitiert Begünstigungsprinzip

COURTH, P. — Günstigkeitsprinzip und Günstigkeitsvergleich im Spannungsfeld zwischen Individual- und Kollektivrecht, Köln 1969, zitiert Günstigkeitsprinzip

FIRNHABER, U. — Das Günstigkeitsprinzip im Tarifrecht, Kiel 1951

HEITHER, F.H. — Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz, Arbeits- und Sozialrechtliche Studien, Heft 13, Stuttgart 1964

HERZOG, W. — Der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages und die Konkurrenz der Verträge, Zürich 194o

HOELTERS, W. — Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 1O, Berlin 1973

KARAKATSANIS, A. — Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen, Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Band 1O, Heidelberg 1963

KNITTER, U. — Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderungen durch Tarifverträge, Köln 1962

MIERWALD, H.G. — Untertarifliche Entlohnung bei Minderleistung, Breslau 1938

SCHICHTEL, W. — Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten, Münster 1961

SCHIRMER, C. — Die Verletzung des Gesamtarbeitsvertrages nach Schweizer Recht unter Berücksichtigung des deutschen Tarifrechts, Bern 1937

SCHMIDT, G. — Das Günstigkeitsprinzip im deutschen und schweizerischen Arbeitsrecht, Freiburg 1969, zitiert Günstigkeitsprinzip

SCHMIDT, O. — Die Verflechtung kollektiven und individuellen Arbeitsrechts, dargestellt an ausgewählten Fallgruppen, Mainz 1958

SCHWEINGRUBER, E. — Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei, insbesondere nach den allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechtes, Bern 1930, ebenfalls in: Abhandlungen zum schweiz. Recht, NF, Band 45, Bern 1930

STIENEN, K.H. — Grenzen der Tarifmacht, Köln 1963

THALMANN-ANTENEN — Die Allgemeinverbindlichkeit der Gesamtarbeitsverträge, Zürich 1944

TROESTER, K. — Die individuelle und kollektive Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, Freiburg 1965

WITTZACK, W. — Entwicklung und Ausbau des schweizerischen Gesamtarbeitsvertragsrechtes, 2 Bde., Göttingen 1958, zitiert Schweiz. Gesamtarbeitsvertragsrecht

WLOTZKE, O. — Das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis des Tarifvertrages zum Einzelarbeitsvertrag und zur Betriebsvereinbarung, Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Band 1, Heidelberg 1957, zitiert Günstigkeitsprinzip

5. Zeitschriften, Zeitungen

(nähere Angaben im Abkürzungsverzeichnis)

Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV)

Arbeit und Recht (AuR)

Der Betriebs-Berater (BB)

Der Betrieb (DB)

Gewerkschaftliche Rundschau (GR)

Juristenzeitung (JZ)

Neue Juristische Wochenschrift (NJW)

Neue Zürcher Zeitung (NZZ)

Recht der Arbeit (RdA)

Schweizerische Arbeitgeber-Zeitung (SAGZ)

Schweizerische Juristische Kartothek (SJK)

Schweizerische Juristenzeitung (SJZ)

Volkswirtschaft

Wirtschaft und Recht (WuR)

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZbJV)

Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR)

6. Amtliche Materialien

Botschaft des Bundesrates an die Bundesverammlung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 21. Mai 1941, BBl (93) 1941 S. 321, zitiert Botschaft BB 1941

Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlicherklärung, Bericht und Gesetzesentwurf, Dezember 1950, hrsg. vom BIGA

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit vom 29. Januar 1954, BBl (106) 1954 I S. 125, zitiert Botschaft über GAV und AVK

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels bis des OR (Der Arbeitsvertrag) vom 25. August 1967, BBl (119) 1967 II S. 241, zitiert Botschaft zum Arbeitsvertrag

7. Amtliche Publikationen

Amtliche Sammlung des Bundesgesetze und Verordnungen (AS), Bern; ab 1948: Sammlung der eidgenössischen Gesetze

Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen, 1848 - 1947, (BS) Bern

Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft, (BBl), Bern

Systematische Sammlung des Bundesrechts, (SR), Bern

Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Bd. 1 (1875) ff, (BGE)

8. Berichte

Ausbau des Rechts der Gesamtarbeitsverträge. Bericht eines privaten Arbeitsausschusses zuhanden der "Schweizerische Vereinigung für Sozialpolitik", WuR 1950 S. 1

Weitere Literatur- und Rechtsquellenhinweise finden sich im Textteil.

NU